Der Begriff der Schenkung

nach dem bürgerlichen Gesetzbuch

Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Ludwig Zimmerle

Kammergerichtsreferendar

1928

Druck von Fr. Find in Plieningen.

Dekan und Referent: Prof. Dr. Heck

Tag der mündlichen Prüfung: 27. I. 1928

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung.

§ 1. Allgemeines 1
§ 2. Die Schenkungsfolgen 2

B. Die Schenkungserfordernisse.

I. Der objektive Bestandteil.
§ 3. Der Begriff der Zuwendung 4
§ 4. Der Vermögensbegriff 11
§ 5. Die Arbeitsleistungen 21
§ 6. Das Verhältnis der Schenkung zu den gesonderten Tatbeständen des Auftrags, der Leihe, der unentgeltlichen Verwahrung und des unverzinslichen Darlehens 30
§ 7. Die einschränkende Bestimmung des § 517 . 34
1. Unterlassung eines Vermögenserwerbs zum Vorteil eines andern 35
2. Verzicht auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht zum Vorteil eines andern 44
3. Ausschlagung von Erbschaft und Vermächtnis 47
§ 8. Die Bereicherung 49

II. Der subjektive Bestandteil.
§ 9. Die Unentgeltlichkeit 57
§ 10. Die Vertragsnatur der Schenkung 68

C. § 11. Das Schenkungsversprechen. 73

D. Spezieller Teil.

§ 12. Die Sicherheitsleistung und die Zahlung fremder Schuld 82
I. Die Sicherheitsbestellung.
1. Durch einen Dritten 83

a) Im Verhältnis zum Schuldner . . Seite 83
b) Im Verhältnis zum Gläubiger . „ 84
2. Durch den Schuldner . . . . . „ 87
II. Die Aufgabe der Sicherheit. „ 89
III. Die Zahlung fremder Schuld. „ 90

§ 13. Die Vorrangseinräumung . . . . . „ 91
§ 14. Die Eingehung der allgemeinen Gütergemeinschaft . . . . . „ 92
§ 15. Schenkung durch Unterlassungen . . . „ 94

Schrifttum.

I. Lehrbücher, Kommentare u. Einzelabhandlungen.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. I. 1886, Bd. II. 1889.
Birkmeyer, Ueber das Vermögen im juristischen Sinne, 1879.
Brinz-Lotmar, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Bd. IV. 1892.
Burckhard, Zum Begriff der Schenkung, in der Würzburger Festgabe für Ernst Im. Bekker, Erlangen 1899.
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Mitgliedern des Reichsgerichts, 5. Auflage, 1923 (= KRGR.).
Cohn, Max, Zum Begriff der Schenkung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Rostock, 1908.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., Bd. I, Teil I. 1921, Teil II. 1922.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Hälfte, 1902.
Dernburg, Pandekten, Bd. II, 7. Aufl., 1903.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. II, 2. Abteilung, 3. Aufl., 1906.
Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Bd. II, 5. Aufl., 1897.
E I-Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Amtliche Ausgabe. 1888.
Eckstein, Das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur Realschenkung im Archiv für ziv. Prax., Bd. 107, S. 384 ff.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Auflage, 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1. Abt., 22.—24. Aufl., 1924, Bd. I, 2. Abt., 18./22. Aufl., 1923 (§ 343.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (= RG.).
Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht, Bd. II, 7. Aufl., 1896.
v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. III, Schuldrecht, 1917.
Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt, Bd. I, 2. Aufl., 1903.
Gradenwitz, Wortverzeichnis zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1902.
Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 1902 ff.
Haymann, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, Berlin 1905.
Haymann, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft in J. J. Bd. 56, S. 86 ff.
Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz in Ziv. Arch., Band 112, S. 1 ff.
„ Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912, Tübinger Rektoratsrede.

Horn, Begriff und rechtliche Natur der Schenkung nach bürgerlichem Gesetzbuche. Inaug. Dissertation Erlangen 1899.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 5. Aufl., 1916.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Teil, 1906.

Kübler, Das Recht der Schenkung nach B.G.B. im Vergleich mit dem G.R., Dissert. Heidelberg, 1907.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs, Bd. I, 1902.

Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen nach dem römischen Recht, Bd. I, 1835, Bd. II, Abt. I, 1837.

Merzbach, Begriff und rechtliche Natur der Schenkung nach bürgerlichem Gesetzbuch, Greifswalder Dissertation, 1904.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1899.

Neubecker, Die Mitgift in rechtsvergleichender Darstellung, 1909.

Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, 1912.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 3|4. Auflage, 1910.

Oppenheim, Das Schenkungsversprechen des bürgerl. Gesetzbuches, Berlin 1906.

Ortloff, Die Schenkung, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 21, 1902, S. 269 ff.

Pesch, Lehrbuch der Nationalökonomie, Bd. 1, Freiburg 1914.

Plank's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., 2. Hälfte, 4. Auflage, 1923 (bearb. von Knoke) und II. Bd., 2. Hälfte, 3. Auflage, 1907.

Putzler, Zur Anwendung der §§ 517, 518 und 780 des BGB., J. W. 1901, S. 387|88.

Reatz, Die Schenkung in dem Gutachten aus dem Anwaltstand über die 1. Lesung des Entwurfs eines BGBs., Heft III, 1890.

Regelsberger, Pandekten, 1893.

Reichel, Zum Schenkungsrechte, Ein Rechtsgutachten in der Festgabe der Dozenten der Universität Zürich, 1914, S. 109 ff.

Richrath, Heinrich, Wesen und Inhalt des Schenkungsbegriffs nach deutschem bürgerlichem Recht, Erlanger Dissert. 1913.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. IV, 1841.

Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1906.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage 1904.

v. Seeler, Glossen zur Praxis des Reichsgerichts, Halle 1908, S. 47 ff.: „Die Unentgeltlichkeit als Erfordernis der Schenkung."

Simèon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, Bd. 1, 1. Hälfte, 6. Aufl. 1913.

Simon, Zur Erläuterung der §§ 516, 517 BGB., Rostocker Dissertation 1904.

Staub-Könige, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und. 13. Auflage 1926.

v. Staudinger's, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., 1. Teil, 7.|8. Auflage 1912. (Schenkung bearb. von Kober) mit Nachtrag 1922.

Stolte, Der Begriff der Schenkung nach deutschem bürgerlichem Recht, Dissertation Strassburg 1900.

v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, I. Bd. 1910; II. Bd., 2. Hälfte 1918, im systematischen Handbuch der deutschen

Rechtswissenschaft, herausgegeben von Binding, Abt. 10, I. Teil.
v. Tuhr, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem BGB., 1903.
Ungnad, Viktor, Der Schenkungsbegriff des bürgerlichen Gesetzbuches unter Berücksichtigung der Erfüllung der sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten, Rostocker Dissertation 1906.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 8. Auflage 1900.
Wogt, Wesen und Inhalt des Schenkungsbegriffs nach § 516, § 517 des bürgerlichen Gesetzbuches, Rostocker Dissertation 1906.

II. Entscheidungssammlungen und Zeitschriften

mit Erklärung der Abkürzungen.

ArchBürgR = Archiv für bürgerliches Recht.
DJZ = Deutsche Juristen-Zeitung.
Gruch = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
JJ = Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts, begründet von Jhering.
JW = Juristische Wochenschrift.
LZ = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
OLG = Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Recht = Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand.
SächsArch = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess.
RG = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs.
SeuffA = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Warn = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband (1908—1918), Warneyers Rechtssprechung des Reichsgerichts (seit 1919).
ZivArch = Archiv für zivilistische Praxis.

Der Begriff der Schenkung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.

A. Einleitung.

§ 1. Allgemeines.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat dem Rechtsinstitute der Schenkung ausnahmsweise eine Begriffsbestimmung gewidmet. Damit sollte der im gemeinen Recht bezüglich der Abgrenzung des Schenkungsbegriffes bestehenden Verworrenheit [1]) ein Ende bereitet werden. Die gemeinrechtliche Lehre war lediglich auf die im corpus juris civilis enthaltenen, unter bestimmte Gesetze subsumierten, verschiedenartigen Tatbestände angewiesen, denen sie unter Anwendung der deduktiven Methode eine Begriffsbestimmung abzugewinnen sich bemühte. Eine Einigung wurde dabei nicht erzielt.

Mit Rücksicht auf diese Unsicherheiten erwies sich die gesetzliche Umgrenzung des Schenkungsbegriffes für die Rechtswissenschaft ohne Zweifel als äusserst wertvoll. Dennoch kann auch für das heutige Recht Bekker's zum geflügelten Wort gewordenen Aeusserung[2]): „Die Schenkungen liegen gleichsam im Zentrum der verfliessenden Gegensätze" eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden. Denn die Auslegung der in der Legaldefinition enthaltenen Begriffsmerkmale gibt zu den mannigfachsten Kontroversen Veranlassung. Der Wortlaut des Gesetzes hat sich als unvollkommen und unklar erwiesen[3]). Aufgabe der Wissenschaft ist es daher, die

[1]) vgl. über die verschiedenartigen Auffassungen z. B. Burckhard S. 5|6.
[2]) Bekker, Bd. II S. 173.
[3]) vergl. auch Endemann, § 164 Anm. 3.

bestehenden Streitfragen aus dem Geiste des Gesetzes heraus zu lösen und die Auffassung des Gesetzgebers aus der unvollkommenen Form herauszukristallisieren. Hierzu wird eine Berücksichtigung der gemeinrechtlichen Doktrin beitragen, da die gesetzliche Definition der Schenkung offensichtlich im Einklang mit der in der älteren gemeinrechtlichen Theorie zur Herrschaft gelangten Auffassung von dem Begriff der Schenkung im engeren Sinne steht[1] [2]). Es wird aber ferner zur Erforschung des wahren Willens des Gesetzes auch eine Feststellung der der Schenkung eigentümlichen Folgen und der den Gesetzgeber zu ihrer Normierung veranlassenden Gründe angezeigt sein. Mit der Berücksichtigung des teleologischen Elements verbindet sich ausserdem die Ergründung des dem einzelnen Rechtssatze zugrunde liegenden Interessengehalts. Die durch diese Forschung aus dem Gesetze gewonnenen Werturteile bieten dann den Massstab für die bei der Entscheidung auftauchender Kontroversen vorzunehmende Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen[3]).

Im folgenden mögen daher kurz die hauptsächlichsten Schenkungsfolgen erwähnt werden.

§ 2. Die Schenkungsfolgen.

Schenkungen sind ihrer Unentgeltlichkeit wegen unwirtschaftliche Geschäfte, die für den Geber wie dessen Angehörige oft einen gefährlichen Charakter aufweisen; nicht selten verdanken sie einer flüchtigen Laune, einer ausgebeuteten Schwäche ihre Entstehung. Deshalb sind sie vom Gesetze mit besonderen, auf eine Bevorzugung des Schenkers gerichteten Rechtsfolgen ausgestattet worden.

[1]) Windscheid-Kipp, Bd. II, § 365 mit umfangreicher Literaturangabe; Dernburg, B. R., Bd. II S. 141.

[2]) Die praktische Bedeutung, die der Schenkungsbegriff vor allem für das Erbschaftssteuerrecht besass, hat dadurch eine starke Einbusse erfahren, dass das Erbschaftsteuergesetz in der Bekanntmachung der neuen Fassung vom 22. August 1925 (RGBl. 1925 Teil I, S. 320 ff.) für seinen Bereich einen umfassenderen Schenkungsbegriff geschaffen hat (vgl. § 3 Abs. 1). Die vorliegende Abhandlung erstreckt sich lediglich auf den bürgerlichrechtlichen Schenkungsbegriff.

[3]) vgl. über diese, als sg. „Interessenjurisprudenz" bezeichnete, neuere Methode der Rechtswissenschaft die eingehende Abhandlung Heck's: „Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz", Ziv. Arch., Bd. 112, S. 1 ff., sowie derselbe: „Das Problem der Rechtsgewinnung", Rektoratsrede, 1912.

a) Zunächst wird der Abschluss des Schenkungsvertrages erschwert. Als Ausnahme von dem das bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden Grundsatze der Formfreiheit unterwirft der Gesetzgeber in § 518 BGB. das Schenkungsversprechen, d. h. das schenkweise erteilte Versprechen einer künftigen Leistung dem Beurkundungszwange. Der Grund, der zur Aufstellung des Formerfordernisses Veranlassung gab, liegt vornehmlich in dem Bestreben, mit Rücksicht auf die ökonomwidrige, vermögensschädigende Natur des Schenkungsgeschäftes übereilte Schenkungsversprechen zu verhüten; daneben sollte ausserdem den leicht auftauchenden Zweifeln über das Vorliegen eines wirklichen Schenkungsversprechens oder der blossen unverbindlichen Ankündigung der Absicht, künftig schenken zu wollen, in wirksamer Weise vorgebeugt, sowie die mitunter auftretenden Streitigkeiten über die angeblichen Schenkungsversprechen Verstorbener beseitigt und die Umgehung der Vorschriften über die Form der letztwilligen Verfügungen tunlichst verhindert werden[1]). Andererseits wird der Formmangel durch die nachträgliche Vollziehung des formlos erteilten Schenkungsversprechens mit rückwirkender Kraft geheilt[2]).

b) Auf die Unentgeltlichkeit der Zuwendung ist die in Abweichung von dem Rechte der entgeltlichen Verträge geregelte Milderung der Verpflichtungen des Schenkers zurückzuführen. Die Haftung des Schenkers beschränkt sich bei der Erfüllung seiner Schenkerpflichten auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 521), Verzugszinsen hat der im Verzuge befindliche Schuldner nicht zu entrichten (§ 522) und wegen eines Mangels im Rechte, sowie wegen tatsächlicher Mängel des Schenkungsgegenstandes haftet er in der Regel nur im Falle arglistigen Verschweigens und selbst in diesem Falle nur für das negative Interesse (§§ 523 Abs. I, 524 Abs. I).

c) Aus Billigkeitserwägungen wird dem schuldlos in dürftige Lage geratenen Schenker von der Rechtsordnung ein Rückforderungsrecht gegen den Begünstigten insoweit eingeräumt, als er außerstande ist, seinen eigenen standesmäßigen Unterhalt zu bestreiten oder die ihm, seinen Verwandten, seinem Ehegatten oder seinem früheren Ehegatten gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen (§ 528). Aus denselben Gründen kann er die

[1]) Motive, Bd. II S. 293 in Mugdan S. 162|63.
[2]) vergl. das Nähere unten § 11.

Erfüllung eines Schenkungsversprechens mittels Einrede insoweit verweigern, als andernfalls bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen sein standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten gefährdet sein würde (§ 529).

d) Macht sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers eines groben Undankes schuldig und zeigt er sich dadurch der ihm erwiesenen Wohltat unwürdig, so steht dem Schenker — da die Hingabe des Geschenks unter der stillschweigenden clausula rebus sic stantibus erfolgt — ein Widerrufsrecht zu (§§ 530 ff).

B. Die Schenkungserfordernisse.

Das bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 516:

> „Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen andern bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt".

Das Schenkungsgeschäft setzt sich somit aus 2 Elementen zusammen, einem objektiven und einem subjektiven[1]). Das erstere besteht in der Zuwendung, durch die jemand einen anderen aus seinem Vermögen bereichert, das andere in der Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit dieser Zuwendung. Zwischen dem die Schenkung realisierenden Zuwendungsakte und der die Schenkungscausa begründenden Einigung wird somit streng geschieden[2]). Beide Elemente können zeitlich zusammenfallen, brauchen es aber nicht unbedingt[3]).

I. Der objektive Bestandteil.

§ 3. Der Begriff der Zuwendung.

Was den ersteren Bestandteil anbelangt, so bedarf zunächst der Begriff der Zuwendung einer besonderen Untersuchung[4]).

[1]) Vgl. auch Prot., S. 1619 in Mugdan S. 738.

[2]) Auf die Wichtigkeit einer scharfen Sonderung dieser beiden Erfordernisse weist besonders Oertmann hin: Vorbem. vor §§ 516 ff., 2, c.

[3]) darüber vgl. § 10.

[4]) vgl. hierüber besonders Bekker, Bd. II, § 100, der als erster diesem Begriff eine tiefere Beachtung geschenkt hat; sowie v. Tuhr, Bd. II, § 71.

Der Begriff der Zuwendung wird im BGB. nicht näher bestimmt; er findet im Gesetze zwar häufig Erwähnung[1]) und wird daher als bekannt vorausgesetzt. Aus dem beigefügten Nebensatze des § 516 Abs. 1 geht jedenfalls soviel hervor, daß die Zuwendung bezgl. der Schenkung eine Begrenzung erfahren hat und in der Regel ausgedehnterer Natur ist[2]). Andernfalls hätte sich der Gesetzgeber eines Pleonasmusses schuldig gemacht. Wenn Bekker[3]) meint: „Der Name „Zuwendungen" ist bisher mit einem bestimmten Begriffe noch nicht fest verbunden", so dürfte diese Ansicht vielleicht für das gemeine Recht, aber kaum mehr heute zutreffen. Allerdings sind die in der Literatur über die Bedeutung des Zuwendungsbegriffes vertretenen Ansichten nicht einhellig, aber die Abweichungen von der als herrschend anzusprechenden Auffassung sind nur noch vereinzelt.

Im täglichen Leben versteht man im allgemeinen unter Zuwendung eine unentgeltliche, dem Empfänger zum Vorteil gereichende Leistung. Dies ist rechtlich unzutreffend, denn die Unentgeltlichkeit bildet kein Begriffserfordernis der Zuwendung. Das folgt aus der Tatsache, daß das Gesetz auch unentgeltliche Zuwendungen erwähnt[4]). Letztere bilden übrigens gegenüber der Schenkung den Oberbegriff, da sie die Einigkeit über die Unentgeltlichkeit nicht erfordern[5]).

Cohn[6]) identifiziert den Begriff der Zuwendung mit dem Begriff der Leistung bezw. dem Versprechen einer Leistung, indem er auf § 518 Abs. 1 und 2 BGB. hinweist, woraus geschlossen werden könne, dass das Versprechen einer Leistung (§ 518 Abs. 1) und die sofort realiter vollzogene Leistung den Gegenstand der Schenkung bilden würden: „Den Begriff der Zuwendung abzugrenzen, heisst mithin nichts anderes, als eine Definition des Begriffs der Leistung zu geben". Cohn übersieht aber dabei, dass das Objekt der Schenkung durch eine qualifizierte Zuwendung näher gekennzeichnet wird, durch eine aus dem Vermögen des Gebers stammende und das Vermögen des Empfängers bereichernde Zu-

---

[1]) vgl. das Wortverzeichnis von Gradenwitz, z. B. §§ 84, 330, 822, 1369, 1624, 1638, 1909, 1940, 2050 ff. usw.
[2]) Stolte S. 5.
[3]) a. a. O. S. 145.
[4]) z. B. in §§ 330 Abs. 2, 1369, 1651 BGB. etc.
[5]) hierher gehört z. B. auch die Stiftung (§ 84) und die Ausstattung, soweit sie nach § 1624 BGB. nicht als Schenkung gilt.
[6]) S. 5.

wendung und daher nur diese qualifizierte Zuwendung nach seiner Deduktion mit dem Begriff der Leistung eins sein kann[1]). Dessen ungeachtet decken sich die beiden Begriffe annähernd[2]).

Unter Zuwendung versteht die Rechtslehre jede Rechts- und Tathandlung, durch die jemand einem anderen beabsichtigterweise einen Vermögensvorteil verschafft, sei es dass das Vermögen vergrössert oder dass eine ihm drohende Verminderung abgewendet wird[3]). Immer setzt die Zuwendung somit ein bewusstes menschliches Verhalten voraus, das eine Bereicherung zur Folge hat[4]), ein Tätigwerden zu Gunsten eines andern mit der Absicht der Zuwendung. Ein durch Zufall erworbener Vermögensvorteil kann niemals auf einer Zuwendung beruhen[5]). Der Vorteil des andern muss beabsichtigt sein, allerdings nicht in dem Sinne, dass die Bereicherung des Bedachten das Motiv der Zuwendung gewesen sein müsse. Jene Absicht darf daher nicht mit der Bereicherungsabsicht verwechselt werden.

Die zum Vollzuge der Zuwendung dienenden Akte sind so zahlreich wie die Möglichkeiten einer Vermehrung fremden Vermögens. Sie umfassen Tatbestände verschiedenster Art[6]). In die Mannigfaltigkeit dieser Tatbestände, die in der Verschiedenartigkeit der einzelnen Vermögensvorteile begründet ist, versuchte man schon im gemeinen Recht eine Systematik zu bringen. Bekannt ist der von Savigny[7]) herrührende Versuch, sämtliche Zuwendungsarten in 3 Gruppen zu sondern, je nachdem ihr Vollzug dando, d. h. durch Verschaffung von Rechten, obligando, d. h. durch eine für den Be-

[1]) für Identität auch Schöninger S. 105.

[2]) über den Unterschied vgl. v. Tuhr a. a. O. § 74, 4.

[3]) KRGR. § 516, 1; ebenso Reichsfinanzhof, Entsch. Bd. 9 S. 9, Bd. 12 S. 229; Bekker a. a. O. spricht hier von Zuwendungen im weiteren Sinne, im engsten Sinne rechnet er nur Rechtsgeschäfte darunter; v. Tuhr a. a. O. § 71, I (die Verschaffung eines Rechts ohne Vermögenswert ist nach ihm keine Zuwendung, da es sich nicht als Vermögensvorteil darstellt, ebensowenig die Gewährung eines bloss tatsächlichen Genusses, der keinen Vermögenswert besitzt; er leugnet aber die Absicht); darüber, dass die Zuwendung auch in der Abwendung einer Verminderung des Vermögens des Empfängers bestehen kann, vgl. auch Plank § 516, 1. Zu eng Staudinger § 516, I, 1, a („Hingabe eines Vermögensbestandteils"): Denn die Zuwendung braucht sich nicht auf einen realen Wertbewegungsvorgang zu beschränken.

[4]) vergl. auch Horn S. 18. A. A. von Thur a. a. O. S. 54.

[5]) Simon S. 16.

[6]) Plank § 516,1; Oertmann § 516, 1, f.

[7]) Bd. IV S. 105.

günstigten eingegangene Verpflichtung zu einer Leistung oder liberando, d. h. durch Befreiung von einer Verbindlichkeit erfolgte. Da sich das liberare aber nur auf obligatorische Verhältnisse bezieht, würde die Befreiung von einer dinglichen, auf der Sache des Begünstigten ruhenden Last dem Schema nicht eingeordnet werden können. Insofern erweist es sich als unvollkommen. Auch Bekker[1]) stellt ein Einteilungsprinzip der Zuwendungsarten auf. Er unterscheidet 9 Zuwendungstypen, indem er die dinglichen, obligatorischen und inmateriellen Rechte je unter dem Gesichtspunkte ihrer „konstitutiven, translativen oder restitutiven Uebertragung" zu Gunsten eines andern betrachtet.

Sämtliche Einteilungsarten leiden aber an dem Mangel, dass sie alle von der Voraussetzung ausgehen, die Zuwendung vollziehe sich nur durch Rechtsgeschäft. Wenn sich auch die Zuwendungen überwiegend nur auf rechtsgeschäftliche Akte erstrecken, so beschränken sie sich nicht darauf, sondern können auch in rein tatsächlichen Handlungen bestehen, sofern sie nur dem Begünstigten einen Vermögensvorteil gewähren. Diese Auffassung entspricht der herrschenden Lehre[2]). Wenn demgegenüber Cosack[3]) ohne nähere Begründung den Standpunkt vertritt, dass nur Rechtsgeschäfte eine zulässige Grundlage für die Zuwendung bilden könnten, so steht der Umstand entgegen, dass das Gesetz eine derartige Einschränkung an keiner Stelle erfordert. Mit Recht betont Dernburg[4]), dass „nicht die Form, sondern die Tatsache der gewollten Zuwendung" entscheiden müsse.

Als Fälle solcher tatsächlichen Handlungen werden in der Literatur vor allem folgende genannt: Die Fälle der Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, einer Hausreparatur, des Anstreichens[5]), der Ackerbestellung[6]), der Vernichtung eines Wertpapiers[7]).

---

[1]) S. 176 i. Verb. mit S. 146.

[2]) Plank § 516,2; Staudinger § 516, I, 1, a; Enneccerus § 343, I, 1, b; Oertmann § 516,5; Dernburg S. 142; Crome S. 506; v. Gierke § 191 Anm. 14; Schöninger S. 15. Auch im gemeinen Recht wurden derartige Vermögensverschiebungen unter den Begriff der Schenkungszuwendung subsumiert: Meyerfeld I S. 122/3; Bekker II S. 185.

[3]) Bd. I, § 75 S. 153, ebenso Siméon Bd. 1, S. 428; Stolte S. 48 ff.

[4]) S. 142. Gegen Cosack auch Ungnad S. 66.

[5]) Oertmann § 516, 5, b.

[6]) So schon das römische Recht: l. 14 D. 39,5: qui alienum fundum donationis causa excolit.

[7]) Wenn dies in Gegenwart des Schuldners geschieht, wird darin ein Erlassvertrag liegen.

Dass auch Unterlassungen hierher zu rechnen sind (z. B. die Versäumung einer Frist, deren Ablauf für den Zuwendenden den Verlust eines Vermögensvorteils bedeutet) ist nicht unbestritten, aber zu bejahen.[1]) Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich insbesondere auch aus der Tatsache, dass in § 518 Abs. 1 und 2 — wie bereits oben erwähnt — die Leistung schlechthin als Gegenstand einer Schenkung und damit wenigstens der qualifizierten Zuwendung bezeichnet wird, aus § 241 BGB. aber andererseits hervorgeht, dass eine Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann[2]). Bei allen Unterlassungen muss es sich natürlich um solche handeln, welche bewusst auf eine Bereicherung des Begünstigten hinzielen und für diese kausal sind[3]).

Es mag hier noch weiter darauf hingewiesen werden, dass die Zuwendung nicht auf einem unmittelbar zwischen Geber und Empfänger abgeschlossenen Rechtsgeschäft zu beruhen braucht, sondern auch indirekt durch eine mit einem Dritten vorgenommene Rechtshandlung bewirkt werden kann[4]). Die hierher gehörenden Fälle sind überaus mannigfach. Stets wird dem Zuwendungsempfänger eine Zuwendung gemacht, ohne dass sich unmittelbar zwischen ihm und dem Zuwendenden ein Rechtsgeschäft vollzieht. Meistens werden praktische Gesichtspunkte massgebend sein, um die Abwicklung verschiedener Geschäfte zu vermeiden und sie mit einem Schlage zur Erledigung zu bringen. Es ist aber auch möglich, dass der Empfänger durch diesen Umweg über die Person des wahren Gebers im Unklaren gelassen werden soll[5]). Die Kausalbeziehungen können verschieden sein.

Der Zuwendende nützt entweder eine zwischen sich und einem Dritten oder eine zwischen dem Dritten und dem Zuwendungsempfänger bestehende Rechtsbeziehung aus oder er gestaltet eine derartige Verbindung[6]). Auf diesem Wege kann dem Empfänger:

---

[1]) KRGR. § 816,1; Ennecerus a. a. O; Oertmann a. a. O; v. Tuhr § 75, Anm. 18; Crome § 230 S. 506, b, Anm. 27; desgl. v. Savigny S. 563 ff.; Bekker S. 185.

[2]) So mit Recht auch Cohn S. 16.

[3]) Darüber, inwieweit die Unterlassung eine Schenkung darzustellen vermag, vgl. unten § 15 S.

[4]) vgl. v. Tuhr § 71 S. 56 ff.; Stolte S. 69 ff. Auch l. 4 D. 39,5: etiam per interpositam personam donatio consumari potest.

[5]) Meyerfeld S. 336 Ziff. 14.

[6]) Die Mittelsperson kann z. B. aus Kauf, Miete etc. dem Zuwendenden gegenüber verpflichtet, dem Zuwendungsempfänger gegenüber berechtigt sein.

a) eine Sache übereignet werden. Es leistet z. B. der Schuldner des Zuwendenden in dessen Auftrag unmittelbar an den Zuwendungsempfänger; hier schliesst der Schuldner als Beauftragter des Zuwendenden den dinglichen Uebereignungsvertrag mit dem Zuwendungsempfänger ab. Es kann für den Empfänger aber auch unter Zuhilfenahme des Dritten: b) ein Forderungsrecht begründet werden; der Zuwendende weist gem. § 783 BGB. einen Dritten an, eine bestimmte Geldsumme an den Empfänger zu zahlen; mit der Annahme seitens des Dritten erwächst dem Anweisungsempfänger gem. § 789 BGB. ein Forderungsrecht gegen den Angewiesenen. Oder es akceptiert der Dritte einen vom Zuwendenden auf ihn gezogenen an die Order des Empfängers gestellten Wechsel. Hierher gehört auch der Fall des § 328 BGB., sofern der Zuwendungsempfänger auf Grund des zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrages unmittelbar das Recht auf Erlangung der vereinbarten Leistung erwirbt. Wird bei einer Sparkasse eine Einlage auf den Namen eines Dritten gemacht und das Sparkassenbuch auch auf seinen Namen ausgestellt, so wird damit nicht unbedingt ein Gläubigerrecht für den Dritten geschaffen[1]).

Der Empfänger kann schliesslich dadurch: c) von einer Schuld befreit werden. Es begleicht z. B. der Zuwendende die Schuld des Empfängers durch Befriedigung der Mittelsperson, d. h. des Gläubigers des Zuwendungsempfängers (§§ 362 Abs. 1, 267 BGB.)[2]) oder es übernimmt der Zuwendende durch Vertrag mit dem Gläubiger eine Schuld des Empfängers (§ 414).

Es können auch verschiedene Mittelspersonen eingeschoben werden: Es weist z. B. der Zuwendende seinen Schuldner an, die Schuld an den Gläubiger des Zuwendungsempfängers in Höhe von dessen Schuld zu bezahlen.

Die Eigenart all dieser Fälle liegt vor allem darin, dass derselben Leistung verschiedene causae zu Grunde liegen, insofern neben der Schenkungscausa eine andere das Verhältnis des Zu-

[1]) Staub Anh. z. § 365 Anm. 10; RG. Bd. 60 S. 143, Bd. 73 S. 220; Mit Recht wird auf die innere Absicht des Einzahlenden abgestellt; Plank § 516, 2; a. A. OLG. Bd. 27 S. 130; KRGR. § 518,1; v. Tuhr § 75 Anm. 15: Gläubiger sei derjenige, auf dessen Name das Buch lautet. Nach LZ. 1918 S. 391 soll eine andere Entscheidung dann geboten sein, wenn die Einzahlung auf ein dem Dritten bereits gehöriges Buch gemacht wird.

[2]) Enneccerus a. a. O.; KRGR. § 516,1; auch Dernburg S. 142.

wendenden oder des Zuwendungsempfängers zur Mittelsperson betreffende causa vorhanden ist.

In der Regel wird die Zuwendung in der Form der Verfügung bestehen[1]). Nicht jede Verfügung braucht aber eine Zuwendung zu sein (z. B. die Dereliktion einer Sache[2])). Auch die Eingehung einer Verpflichtung zu einer Leistung durch Rechtsgeschäft zwischen Zuwendenden und Empfänger stellt sich als Zuwendung dar; zugewandt ist hier der Anspruch des Empfängers gegen den Zuwendenden auf Vornahme der versprochenen Leistung.

Die bisher erwähnten Zuwendungsmöglichkeiten kann man systematisieren, je nachdem sie sich rechtsgeschäftlich oder in rein tatsächlicher Weise vollziehen[3]). Was die erste Kategorie anlangt, so kommt hier der von Bekker besonders betonte Standpunkt in Betracht, wonach das Recht hinsichtlich seiner Begründung, Uebertragung und Aufhebung zu Gunsten des Empfängers ins Auge gefasst wird. Die formale Rechtsänderung lässt sich hierbei durch ein unmittelbar zwischen Zuwendenden und Zuwendungsempfänger abgeschlossenes Rechtsgeschäft[4]) oder aber auch unter Zuhilfenahme dritter Personen bewerkstelligen.

Es würde den Rahmen der vorliegenden Abhandlung übersteigen, einen Ueberblick über die hauptsächlichst in Betracht kommenden Zuwendungsmöglichkeiten zu geben[5]). Da übrigens der Zuwendungsbegriff bezüglich der Schenkung eine Einschränkung erfahren hat und folglich manche Zuwendungen dem Schenkungsbereiche entzogen sind, würde eine derartige Aufzählung dem hier verfolgten Zweck zuwiderlaufen.

---

[1]) z. B. die Begründung, Uebertragung und Belastung von Rechten, der Verzicht auf ein Recht, der Erlass einer Forderung etc.

[2]) Sofern sie nicht ausdrücklich zu Gunsten eines andern erfolgt.

[3]) Ebenso Schöninger (S.15), der die Leistungstatbestände einteilt in solche, die sich durch ein dare (hier wird der Erfolg der Vermögenszuwendung durch einen „juristischen Vorgang" bewirkt) und durch ein facere (hier wird die Vermögenszuwendung „rein durch naturale Tätigkeit des Leistenden ohne jeden rechtlichen Vorgang" vollbracht) vollziehen.

[4]) bezw. durch ein Rechtsgeschäft mit unmittelbarer Wirkung für den Begünstigten, wie bei der Aufgabe dinglicher Rechte (§ 875 BGB.).

[5]) Dass auch die Besitzüberlassung Gegenstand einer Zuwendung sein kann, wird allgemein anerkannt (Plank § 516, 2; v. Tuhr § 71 Anm. 10; Dernburg S. 141, 2, II).

Was die **Form** für den Vollzug der Zuwendung anlangt, so richtet sie sich jeweils nach ihrem Objekt und den für dieses vom Gesetze aufgestellten Vorschriften[1]).

§ 4. Der Vermögensbegriff.

Bezüglich der Schenkung erfordert das Gesetz eine qualifizierte Zuwendung. Schenkungsobjekt vermag nur eine solche Zuwendung zu sein, die **aus** dem Vermögen des Zuwendenden, d. h. des Schenkers stammt und den Empfänger bereichert. Nur sie löst die mit der Schenkung verbundenen Rechtswirkungen aus. Da die Zuwendung **aus** dem Vermögen des Schenkers herrühren muss, so ist damit eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass dieses Vermögen eine Einbusse, eine Schmälerung zu Gunsten des fremden Vermögens erfahren muss[2]). Die Protokolle sprechen hier zutreffend von einer „Vermögensverschiebung“[3]). Das Gesetz geht damit — wie bereits eingangs erwähnt — mit der im gemeinen Recht zur Herrschaft gelangten Auffassung konform, wonach man unter Schenkung im engeren Sinne[4]) nur diejenigen Zuwendungen verstand, die bei Einigung der Parteien über die causa donandi ein pauperior und locupletior fieri bewirken.

Alle übrigen Zuwendungsarten, die ihren Ursprung nicht in dem Vermögen des Gebers haben[5]), kommen als Schenkung rechtlich nicht in Betracht. Mit dieser Einschränkung der Zuwendung bezweckte der Gesetzgeber, wie aus den Protokollen erhellt, die die mannigfachen Liberalitäten, Gefälligkeiten, Wohltaten etc., die keine materiellen Güter darstellen und keine Vermögensverschiebung enthalten, aus dem Gebiete der Rechtssphäre auszuscheiden.

---

[1]) darüber vgl. Näheres unten § 11.

[2]) vgl. auch E I § 437: „Als Schenkung gilt die an einen andern erfolgende Zuwendung, durch welche das Vermögen des Zuwendenden vermindert und der andere bereichert wird, sofern sie . . .“. Die Aenderung erfolgte lediglich aus redaktionellen Gründen.

[3]) S. 1613 in Mugdan S. 736.

[4]) Im Gegensatz zur „Schenkung im weiten Sinne“, welche jede liberale Vermögenszuwendung umfasste.

[5]) z. B. die unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten; ebenso von Tuhr § 75 Anm. 16; a. A. Schöninger S. 109 mit Rücksicht auf § 816 Abs. 1 S. 2. § 816 spricht aber nicht von einer „schenkweisen“ sondern nur von einer „unentgeltlichen“ Verfügung.

Zu ihrer Abgrenzung und damit für die Erfassung des Schenkungsbegriffes überhaupt ist eine Klärung des Vermögensbegriffes von grundlegender Bedeutung. Der Vermögensbegriff nimmt im Gebiete der Schenkung eine dominierende Stellung ein. Seine verschiedenartige Interpretation ist als Ursache für die verschiedenartige rechtliche Begrenzung des Schenkungsgeschäfts selbst anzusprechen.

Wie bei der Zuwendung, so suchen wir auch bezgl. des Vermögens sowohl im Gesetze, wie in den Quellen vergeblich nach einer klarstellenden Begriffsbestimmung. Gerade dieser für das Rechts- und Verkehrsleben so grundlegende Begriff hat im bürgerlichen Gesetzbuche keine positive Erläuterung erfahren. Bis auf den heutigen Tag bestehen daher ungelöste Streitfragen, die sich trotz ihrer vorzugsweisen theoretischen Natur doch auch gerade für die Schenkungslehre praktisch auswirken.

Der Vermögensbegriff ist einer jener Grundbegriffe, die nicht vom BGB. geschaffen, sondern die gleichen sind, „die schon zur Zeit des Pandektenrechts die Herrschaft über das gemeine Privatrecht geführt haben“[1]). Daher setzen ihn die Gesetzesmaterialien in der Einleitung zum Sachenrecht als bekannt voraus[2]) und halten seine Feststellung für überflüssig, obwohl auch das gemeine Recht zu keiner einheitlichen Klärung gelangt war[3]).

Das BGB. selbst gebraucht den Ausdruck „Vermögen“ häufig[4]). Aus einer Vergleichung der einzelnen Verwendungstellen lässt sich eine eindeutige Lösung nicht gewinnen. Wenn § 1922 BGB. bestimmt, dass mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf die Erben übergeht, so ist über den Begriff selbst nichts gesagt, sondern höchstens über seine juristische Konstruktion, insofern hier offensichtlich auch die Schulden in den Vermögensbegriff aufgenommen sind im Gegensatz etwa zu den §§ 82, 419 BGB., die nur das Bruttovermögen im Auge haben, während andererseits in § 1360 BGB. unter Vermögen der nach Abzug der Schulden

[1]) Sohm, Arch. f. bürgl. Recht Bd. 28 S. 177 („Vermögensrecht. Gegenstand der Verfügung“).

[2]) „Was dagegen das Vermögen selbst betrifft, so ist der Begriff desselben als bekannt vorauszusetzen, eine Definition daher entbehrlich“.

[3]) vgl. eine Aufzählung der verschiedenen Vermögensdefinitionen bei Stolte S. 20|21; Ungnad S. 14.

[4]) Vgl. das Wortverzeichnis von Gradenwitz.

übrigbleibende Vermögenswert, das sogenannte Nettovermögen gemeint ist. Ueber den Inhalt und die Bestandteile des den Schulden gegenüberstehenden Faktors schweigt sich das Gesetz völlig aus. Auch aus den vom Gesetze zugelassenen verschiedenartigen Vermögensgruppen und den für sie besonders aufgestellten Vorschriften (Gesellschaftsvermögen, eingebrachtes Gut, Vorbehaltsgut etc.) lässt sich kein Aufschluss über die vom Gesetzgeber bezgl. des Vermögensbegriffes geteilte Auffassung gewinnen.

So verschieden nun auch die von den Vertretern der Wissenschaft, denen in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung die Klärung des Vermögensbegriffs überlassen ist, für das Vermögen aufgestellten Definitionen sind, so lassen sie sich doch in 2 Gruppen scheiden, je nachdem sie den Begriff rein wirtschaftlich oder rein juristisch fassen[1]). Es ist begreiflich, dass die Vertreter der nationalökonomischen Wissenschaft dem rein wirtschaftlichen Element im Vermögensbegriff die Herrschaft einräumen. Für sie bedeutet das Vermögen die Gesamtheit der wirtschaftlichen Güter, die jemand besitzt[2]). Dabei werden zu den Wirtschaftsgütern teils nur Sachgüter als Gegenstand, Mittel und Werkzeuge des wirtschaftlichen Strebens des Menschen gerechnet[3]), teils auch persönliche Dienste und die Arbeit überhaupt[4]), sowie solche Verhältnisse, die eine wirtschaftliche Verwertung zulassen, ohne rechtlich als Rechtsobjekt anerkannt zu werden (wie z. B. die Kundschaft als befestigtes Verhältnis zu einem bestimmten Abnehmerkreis, Kredit etc). Demgegenüber versteht die herrschende Lehre das Vermögen nur im Rechtssinne, d. h. als Summe der Vermögensrechte einer Person[5]),

[1]) Vgl. Birkmeyer S. 108 u. S. 295 (als 3. Gruppe erwähnt er das Vermögen im juristisch-ökonomischen Sinn als Inbegriff von ökonomische Werte repräsentierenden Rechten).

[2]) z. B. Roscher, System der Volkswirtschaft Bd. 1, § 1, S. 2; Fuchs, Volkswirtschaftslehre 1906, S. 13 ff.; Jentsch, Volkswirtschaftslehre, 5. Aufl., S. 52.

[3]) Fuchs S. 6 ff.; Pesch, Lehrbuch der National-Oekonomie, 2. Aufl., Bd. I, S. 24.

[4]) So Conrad, Lehrbuch der Nation.-Oekonomie, Bd. I, S. 9.

[5]) So z. B. Enneccerus Bd. I, § 124, I; Windscheid-Kipp Bd. I, § 42; Staudinger Bd. I, Vorbem. IV vor § 90 ff. (geldwerte Rechte); ebenso v. Tuhr Bd. I, § 18; Oertmann § 516, 3; Dernburg, Pand. Bd. I, § 22 (anders aber im b. R., Bd. I, § 18, III: geldwerte Güter einer Person); KRGR. § 1922, 5 (wirtschaftlich verwertbare Sachen und Rechte); Bekker Bd. I, § 41 S. 137; Regelsberger, Pand. Bd. I, § 95, I: Inbegriff von in Geld anschlagbaren Rechtsverhältnissen, die in derselben Person ihren Träger haben; Geldwert verlangt auch Brinz, Pand. Bd. I, § 124; u.a.m.

ohne solche wirtschaftliche Güter, die nicht Gegenstand eines „Rechts“ des Vermögensinhabers sind (Kundschaft), darunter zu zählen.

Der Vermögensbegriff des Privatrechts, der die Grundlage des gesamten Vermögensrechts bildet, kann mangels einer Definition seiner Stellung gemäss nur aus dem Gesamtzusammenhang der Rechtssätze des bürgerlichen Gesetzbuches und vornehmlich dem Zwecke des Rechts selbst entnommen werden[1]). Eine Entlehnung der Ergebnisse anderer Disziplinen, die ihrer ganzen Einstellung nach von anderen Voraussetzungen auszugehen haben, ist dabei an und für sich nicht angängig. Unabhängig von den Auffassungen national-ökonomischer Vertreter kann er nur im Gefüge des Rechts seine Klarstellung finden[2]). Abzulehnen ist daher auch die Auffassung Schöningers[3]), dass der Begriff des Vermögens nicht dem positiven Recht angehöre, sondern ein der Wirtschaftslehre entlehnter, dem wirtschaftlichen Verkehr angehöriger Begriff sei, so dass letzterer „darüber zu entscheiden habe, ob eine konkrete Rechtsübertragung eine Vermögenszuwendung darstelle“.

Die Rechtsordnung und insbesondere das Vermögensrecht[4]) sind in erster Linie bestrebt, die wirtschaftliche Macht des Menschen zu schützen, seine wirtschaftlichen Mittel zu sichern und ihm dadurch die Erreichung seiner Lebenszwecke zu erleichtern. Hierfür werden dem Menschen die Vermögensrechte gewährt. Sie wurzeln in rechtswirksamen Beziehungen der Personen untereinander (obligatorische Rechte) sowie zu den Gegenständen der Aussenwelt (Sachenrechte, Immaterial-Güterrechte). Nicht ohne Recht verlangt daher die herrschende Lehre, dass nur Rechte zum Vermögen gehören. Nach ihr kann vom juristisch-technischen Standpunkt aus das wirtschaftliche Gut als solches zwar Objekt eines Rechts sein, aber es bildet nur mittelbar einen Vermögensbestandteil[5]). Erst

[1]) Oertmann (§ 516, 2) will aus dem „festen sorgfältig abgewogenen Sprachgebrauch des BGB.“ die Auffassung ableiten, wonach das Vermögen im rein juristischen Sinne zu verstehen sei. Diese Behauptung entbehrt jeglicher Begründung.

[2]) Mit Recht verwahrt sich schon im gemeinen Recht Bekker (Bd. I, S. 139) gegen die Vermengung von national-ökonomischen mit juristischen Begriffen.

[3]) S. 23 und S. 173.

[4]) Hierher gehören nicht die Familienrechte und die Rechte der Person.

[5]) v. Tuhr Bd. I, § 18, II.

durch die rechtlich sanktionierte Beziehung zum Inhaber kommt dem Gut als solchem Vermögensqualität zu. Ausser den gesetzlich normierten Rechten gibt es aber auch noch gewisse Positionen, die, ohne dass ihnen ein subjektives Recht zu Grunde liegt, gleich jenen auf rechtsgeschäftlichem Wege eine wirtschaftliche Verwertung zulassen. Aus dem Umstande, dass das Recht die wirtschaftliche Macht des Menschen zu schützen bestrebt ist, wirtschaftliche Macht aber vornehmlich im Besitze solcher Güter zu liegen pflegt, die eine wirtschaftliche Verwertung zulassen, kann gefolgert werden, dass auch derartige Güter zu den Vermögensbestandteilen zu rechnen sind. Daher ist auch eine wertvolle Kundschaft, eine ärztliche Praxis, obwohl sie an und für sich Verhältnisse rein tatsächlicher Natur sind, zum Vermögen zu rechnen[1]).

Der Inhalt des Gesetzes zwingt m. E. in keiner Weise dazu, dem Vermögen derartige auf rechtsgeschäftlichem Wege übertragbare Positionen zu entziehen. Allerdings wird aus dem Wortlaut des § 1551 Abs. 2 BGB., wonach auch „die Grundstücke nebst Zubehör", also das Gut als solches neben anderen Rechten im Sinne der speziellen Vorschrift zum „unbeweglichen Vermögen" gerechnet wird, die Zulässigkeit der Anwendung des ökonomischen Vermögensbegriffs kaum gefolgert werden können; denn der Gesetzgeber bediente sich hier offensichtlich einer konkreteren Bezeichnung für das an dem Grundstück bestehende Eigentum. Wohl aber lässt die Bestimmung des § 138 Abs. 2 BGB., die von „Vermögensvorteilen" spricht, Schlüsse darauf zu, dass der Gesetzgeber zum mindesten einer allzu strengen juristischen Auslegung des Vermögensbegriffes nicht beitreten wollte[2]). Die Bedeutung der erwähnten

[1]) A. A. Enneccerus § 124, I, 1; v. Tuhr Bd. 1 S. 319. Vgl. aber wie oben: Staub-Könige § 40 Anm. 5, der Kundschaft u. ungeschützte Fabrikationsgeheimnisse zu den „Vermögensbestandteilen" rechnet; ebenso Schöninger S. 69. Vgl. auch RG, Bd. 115 S. 172 ff. und RG, Bd. 107 S. 171 (Fabrikationsgeheimnisse gehören zum Gesellschaftsvermögen!). Mit völlig unzulänglicher Begründung scheidet Merzbach (S. 28) diese Vermögensbestandteile z. B. (Kundschaft, Geschäftsgeheimnisse) auf Grund des § 517 BGB. aus dem Schenkungsbegriffe aus. Nicht ihr Verkaufswert sei der Entscheidende, „sondern ihr Hauptwert bestehe darin, dass derjenige, der sie kennt, sie verwerten und zum Gegenstand seines Erwerbs machen kann". Wer diese Vermögensbestandteile „also einem anderen unentgeltlich überlässt, unterlässt einen Vermögenserwerb, gibt einem andern die Möglichkeit, auf Grund derselben sein Vermögen zu bereichern" (!?).

[2]) vgl. auch Ungnad S. 16; Merzbach S 18, der das Vermögen als Inbegriff der Einheit von Gütern definiert.

Position kommt auch dadurch zum besonderen Ausdruck, dass sie gegen rechtswidrige Eingriffe Rechtsschutz geniesst, sei es auf Grund des § 826 BGB., sei es auf Grund der Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb[1]).

Wenn soeben zwecks Vermeidung einer allzu formal-rechtlichen Betrachtungsweise zu Gunsten der wirtschaftlichen Verkehrsauffassung ausnahmsweise eine Konzession gemacht wurde, so hat die Rechtsordnung auch bezüglich der Feststellung des Geldwertes eines Vermögensrechts der Auffassung des wirtschaftlichen Verkehrs Rechnung zu tragen. Wir berühren damit die bekannte Streitfrage, ob das Vermögensrecht mit dem geldwerten Rechte identisch sein müsse[2]).

Bezüglich des Forderungsrechts, d. h. des Rechts, von einem andern eine Leistung zu verlangen (§ 241 BGB.), das gemeinhin zum Vermögen gerechnet wird, ist die Frage, ob es stets auf eine geldwerte Leistung gerichtet sein müsste, ob es also ein Geldinteresse des Gläubigers erfordert, von der herrschenden Lehre auf Grund des Umstandes, dass § 241 BGB. jede Erwähnung eines Geldinteresses geflissentlich vermeide, mit Recht verneint worden[3]).

Dagegen ist jener Auffassung, die auch völlig wertlose Rechte mit dem Ausdruck Vermögensrecht belegt[4]), entgegenzutreten. Das Erbrecht ist allerdings auch dann ein Recht, wenn es sich auf einen nur aus Schulden bestehenden Nachlass erstreckt. Das Urheberrecht kann sich auch auf absolut wertlose Geistesprodukte beziehen und es können Sachen ohne jeden Geldwert eigentumsfähig sein[5]). Das Bestehen eines Rechts berechtigt aber noch keineswegs zur Annahme des Bestehens eines Vermögensrechts. Die Vermögensrechte sollen — wie bereits oben betont — zur wirtschaft-

[1]) Auch in der Schadensersatzlehre wird dem Vermögensbegriff von der Rechtssprechung eine weite Auslegung zuteil, vgl. z. B. RG., Bd. 111 S. 146: „Beeinträchtigung einer bloss tatsächlichen Erwerbsaussicht" als nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage im allgemeinen.

[2]) Sohm a. a. O. S. 179: „Auch in der Beantwortung dieser Grundfrage herrscht bisher die subjektive Willkür".

[3]) Enneccerus Bd. I Teil 2 S. 5; a. A. Ungnad S. 15, der mit der herrschenden Lehre konform zu gehen behauptet, wenn er die Existenz einer Obligation ohne Vermögensinteresse in Abrede stellt.

[4]) Z. B. Enneccerus Bd. 1 S. 171; Sohm a. a. O. S. 180 ff. (der übrigens das Wesen der Vermögensrechte darin erblickt, dass sie Gegenstand eines Verfügungsgeschäfts sein können).

[5]) Sämtliche Beispiele stammen von Enneccerus a. a. O.; vgl. auch Sohm a. a. O.

lichen Macht beitragen und die materiellen Mittel zur Erreichung und Befriedigung der Lebenszwecke des Rechtssubjekts sichern. Vermögen sie diesen Zweck mangels jeglichen Werts nicht zu erreichen, so gebührt ihnen auch nicht die Bezeichnung als Vermögensrecht[1]). Nur das, was im täglichen Leben für Geld anschaffbar ist und nach Geld geschätzt wird, was mit andern Worten wirtschaftliche Verwertbarkeit besitzt, gehört zum Vermögen. Der Geldwert ist „das äussere Kennzeichen des Vermögensrechts“[2]).

Diese Ansicht versteht sich besonders für das Gebiet der Schenkung. Als Zuwendungen aus dem Vermögen sind nur solche anzusprechen, die, wie sich schon aus dem Begriff der Zuwendung ergibt, ein gewisses Wertobjekt zum Gegenstand haben[3]). Ohne Zweifel fehlt es bei der Abtretung einer uneinbringlichen wertlosen Forderung an einer Bereicherung des Empfängers; dieser Mangel der Bereicherung beruht auf der mangelnden Vermögensvermehrung, eine derartige Forderung bildet keinen Vermögensbestandteil.

Wenn wir unter Einschränkung der h. L. nicht nur die Rechte, d. h. die geldwerten Rechte einer Person zum Vermögen rechnen, sondern auch solche Positionen, die auf rechtsgeschäftlichem Wege eine wirtschaftliche Verwertung zulassen, so lehnen wir dennoch die Einrubrizierung rein immaterieller Vorteile in den Vermögensbegriff ab. Ihnen ermangelt der Rechtscharakter, sie repräsentieren mangels jeglicher Umsetzungsmöglichkeit keinen Geldwert und können damit auch nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein. Immaterialgüter vermögen nur dann Gegenstand einer Schenkungszuwendung zu sein, wenn sie im speziellen Falle in Geld taxierbar und veräusserungsfähig sind, wenn sie für den Empfänger einen aktuellen Vermögenswert haben[4]). Die Gewährung eines blossen Kunstgenusses ist nicht schenkungsfähig.

---

[1]) Hellwig, Zivilprozess Bd. I, § 30 Anm. 28 a: „Vermögensrechte ohne Vermögenswertigkeit anzuerkennen, ist eine contradictio in adjecto“.

[2]) So v. Tuhr Bd. I § 18, der von einem Vermögensrecht Tausch- oder Genusswert verlangt; Kipp bei Windscheid Bd. I, § 32 Anm. 1.

[3]) Die Tatsache, dass wertlose Forderungen nicht zum Vermögen zu rechnen sind, ist bezügl. der Schenkung besonders für die Frage von Bedeutung, ob in der Sicherheitsleistung bezw. in deren Aufgabe eine Zuwendung aus dem Vermögen bezw. eine Bereicherung des Empfängers gefunden werden kann.

[4]) Goldmann-Lilienthal (§ 348 Anm. 2) fordert mit Recht die „Möglichlichkeit der Umsetzung in einen materiellen Vermögenswert“.

Diese Auffassung hat auch die Billigung der 2. Kommission gefunden, insofern die Frage, ob auch immaterielle Vorteile zum Vermögen zu zählen sind und Gegenstand einer Schenkung zu sein vermögen, abschlägig beschieden wurde. In dem „Gutachten aus dem Anwaltsstande“[1]) hat Reatz diese Frage auf der Grundlage des 1. Entwurfs zum BGB. aufgerollt und mit Nachdruck die Ansicht vertreten, dass jedes wirtschaftliche Gut als Gegenstand der Schenkung zuzulassen sei. Unter wirtschaftlichem Gut wollte er „nicht bloss das Ding der äusseren menschlichen Natur, welches unsere materiellen Bedürfnisse zu befriedigen imstande ist (Vermögensgegenstand)“ verstanden wissen, „sondern alles und jedes, was unsere anerkannten wirtschaftlichen Bedürfnisse und Interessen, materielle und immaterielle zu befriedigen geeignet ist und was die Quelle wirtschaftlicher Mittel sein kann“[2]). Auf seine Anregung hin wurde in der zweiten Lesung des BGB. ein Antrag eingereicht[3]) des Inhalts, die Schenkung generell auf die Zuwendung wirtschaftlicher Güter jeder Art, auch soweit sie keine Vermögensvermehrung bewirken, zu erstrecken, mit der Begründung: „Es erscheine nicht ratsam und widerspreche auch der Auffassung des Volkes, den Gegenstand der Schenkung auf die Zuwendung von Vermögensgütern zu beschränken. Im Leben würden auch Zuwendungen von Vorteilen immaterieller Art, die Aufwendung von Zeit, die Verschaffung von Annehmlichkeiten, überhaupt jede uneigennützige Betätigung von Wohlwollen für einen andern, wodurch dieser einen wirtschaftlichen Vorteil erhalten hat, als Schenkung beurteilt. Der Gesetzgeber müsse diesen Anschauungen Rechnung tragen“[4]).

Der Antrag wurde abgelehnt. Für die Ablehnung war vor allem der Gesichtspunkt massgebend, dass der Schenkungsbegriff durch die Aufnahme „derartiger Liberalitäten immaterieller Natur“ „ins Schwanken geraten und die Praxis mit Schwierigkeiten und Zweifeln zu kämpfen habe“[5]). Damit steht unzweideutig fest, dass der Gesetzgeber unter dem Begriff der Bereicherung lediglich ein

[1]) Heft 3, S. 174 ff.

[2]) A. a. O. S. 174.

[3]) Vgl. Mugdan S. 735, 736, Antrag 3 zu § 437 E I.

[4]) Protokolle S. 1612/13 in Mugdan S. 736. Als Beispiele werden erwähnt: Loskauf eines Gefangenen, Ueberlassung eines Theaterabonnements zur Benutzung, Unterrichtserteilung in berufsfremdem Fach.

[5]) Mugdan a. a. O.

den Vermögensbestand materiell erhöhendes Verhalten und damit auch den Vermögensbegriff, wenn nicht in rein juristischem Sinne verstanden, so doch mindestens auf das materiell-vermögensrechtliche Gebiet beschränkt wissen wollte[1]). Diese Beschränkung ist zur Verhütung einer ins Uferlose treibenden Auslegung des Schenkungsbegriffes ein für die Praxis unerlässliches Erfordernis.

Da das Vermögen als die Gesamtheit der geldwerten Rechte mit Einschluss der auf rechtsgeschäftlichem Wege wirtschaftlich verwertbaren Positionen einer Person festgestellt wurde, so scheiden selbstverständlich die von Reatz als wirtschaftliche Güter bezeichneten Faktoren, wie z. B. Freiheit, Ehre, gesellschaftliche Ausbildung, die ohne Zweifel als Voraussetzungen zur Erlangung und Stärkung künftiger wirtschaftlicher Macht von Bedeutung sein können, mangels eines geldwerten Rechtscharakters als Fälle, die den Schenkungstatbestand zu erfüllen vermögen, aus[2]).

Eine den Vermögensbegriff untersuchende Abhandlung hat auch die bestrittene Frage zu erörtern, welche Stellung den Schulden im Verhältnis zum Vermögen bezw. innerhalb des Vermögens einzuräumen sei. Ihre Beantwortung besitzt jedoch für die Definition der Schenkung kaum irgendwelche Bedeutung. Denn hier kommt es lediglich darauf an, den den Schulden entgegenstehenden Faktor zu analysieren. Höchstens für die Konstruktion des Schenkungsversprechens könnte an der bezeichneten Streitfrage ein theoretisches Interesse bestehen.

In der Natur der Sache liegt es, dass höchst persönliche und daher unübertragbare Rechte, welche mit der Person ihres Inhabers unlöslich verknüpft sind, selbstverständlich nicht Gegenstand einer Schenkung sein können (z. B. §§ 789, 847 Abs. 2, 1300, 1623 u. a. m.)[3]).

Die mit der Zuwendung verbundene Vermögensverringerung muss endgültig erfolgen und darf nicht unmittelbar eine Vermögens-

---

[1]) Vgl. auch Protokolle S. 1624 in Mugdan S. 740.

[2]) Vgl. auch Plank § 516, 2. Darüber, dass andererseits die Zuwendungen ideeller Vorteile (z. B. Unterrichtserteilung) unter besonderen Bedingungen ausnahmsweise als Schenkung charakterisiert werden können, vgl. unten § 8 S.

[3]) Mit Rücksicht auf diese Kategorie von Rechten hält Ungnad (S. 17) und Richrath (S. 22) eine Zerlegung des Vermögens in einen objektiven, d. h. übertragbaren im Gegensatz zu einem subjektiven Teil für erforderlich.

vermehrung des Zuwendenden zur Folge haben. Mit Rücksicht hierauf hat daher das Reichsgericht[1]) mit Recht in der nachträglichen Uebernahme der Gründungskosten einer Aktiengesellschaft durch die Gründer und einzigen Aktionäre das Vorliegen einer Schenkung mit der Begründung verneint, dass hierin „nur ein formaler Uebergang" eines Vermögensstückes liege, insofern die aufgewandten Beträge unmittelbar und notwendigerweise durch eine Steigerung des Wertes der Aktien den Aktionären wieder zugute gekommen wären, sodass „der Zuwendende durch den Mehrwert der Aktien eine Vermögensvermehrung erfährt, welche die durch seine Leistung herbeigeführte Vermögensverminderung ausgleicht"[2]).

An dieser Stelle möge noch kurz die Frage gestreift werden, ob die Schenkung eines **ganzen** Vermögens für zulässig zu erachten ist. Bei einer streng formalen Auslegung des Wortlauts des Gesetzes, das von einer Zuwendung **aus** dem Vermögen spricht, könnte eine Verneinung der Frage in Erwägung gezogen werden, denn eine Zuwendung aus dem Vermögen ist nur bei Ausscheidung einzelner Vermögensbestandteile gegeben und steht einer völligen Konsumierung des Vermögens entgegen. Es wäre jedoch eine verwerfliche Buchstabeninterpretation und Vergewaltigung des Gesetzessinns, wollte man mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 516 BGB. die Möglichkeit der schenkweisen Ueberlassung des ganzen Vermögens in Abrede stellen. So treten denn auch die Vertreter der Wissenschaft obiger Auffassung einhellig bei[3]).

Bei dieser Gelegenheit sei noch § 310 BGB. erwähnt, wonach allerdings[4]) die schenkweise Uebertragung des **künftigen** Vermögens bezw. eines Bruchteils hiervon nicht zulässig ist[5]). Die

[1]) RG., Bd. 59 S. 432.

[2]) Anders ist natürlich zu entscheiden, wenn der Schenker nicht durch dasselbe Ereignis, sondern im Endergebnis eine Vermehrung seines eigenen Vermögens zu erzielen erhofft und auch erreicht, (vgl. auch Oertmann § 516, 5 b).

[3]) Plank § 516, 2; Staudinger Vorbem. §§ 516 ff., IV, 1; Dernburg Bd. II, S. 143; Endemann § 164 Anm. 20; Crome § 230 Anm. 24; Oertmann Vorbem. §§ 516 ff., 5, b.

[4]) In Uebereinstimmung mit Art. 943 code civil.

[5]) Im Gegensatz zum gemeinen Recht, wo Schenkung des künftigen Vermögens für zulässig erachtet wurde (RG. Bd. 18 S. 176). Auch für das ALR. wurde sie vom preuss. Obertribunal (Bd. 43 S. 128) anerkannt. A. A. allerdings Savigny (S. 142) bezügl. des röm. Rechts mit der Begründung, dass die Schenkung des künftigen Vermögens ein „versteckter Erbvertrag" wäre. Nach Dernburg (S. 143 Anm. 10) er-

Schenkung des gegenwärtigen Vermögens bedarf nach § 311 BGB. der Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

§ 5. Die Arbeitsleistungen.

Im Anschluss an den soeben entwickelten Vermögensbegriff möge zu der äusserst bestrittenen Frage Stellung genommen werden, ob auch unentgeltliche Dienstleistungen oder Arbeitsverrichtungen Gegenstand einer Schenkung zu sein vermögen[1]).

Manche[2]) bejahen das Vorliegen einer Schenkung, soweit die Leistungen von solchen Personen bewirkt werden, die berufs- und gewerbsmässig der Verrichtung derartiger Dienste obliegen, dafür also bezahlt zu werden pflegen; Dienste, die nur gelegentlich von einem Privatmann geleistet werden, werden nicht als Schenkung erachtet. Voraussetzung hierfür ist natürlich, dass neben der Einigung über die Unentgeltlichkeit eine Bereicherung auf Seiten des Empfängers vorliegt, die dann angenommen wird, wenn jener durch die Dienstleistung von notwendigen Ausgaben befreit wird. Eine stichhaltige Begründung suchen wir bei den Vertretern dieser Auffassung im allgemeinen vergebens. Von der als herrschend anzusprechenden Lehre wird die Frage verneint[3]).

---

streckt sich die vor 1900 gültig abgeschlossene Schenkung des künftigen Vermögens auch auf den nach Inkrafttreten des BGB. vom Schenker gemachten Erwerb, da eine Rückwirkung dem Art. 170 EGBGB. widersprechen würde.

[1]) Aus der in den Prot. (S. 1615 in Mugdan S. 737) geäusserten Ansicht, dass man den Widerruf bei dem Versprechen einer unentgeltlichen Dienstleistung nicht benötige, weil sich die Auflösung dieses Rechtsverhältnisses durch Kündigung herbeiführen lasse, kann jedenfalls über die Stellungnahme zu obiger Frage nichts Bestimmtes gefolgert werden, (a. A. anscheinend Plank § 516, 2); vgl. auch Motive (II S. 459), wo die Möglichkeit einer Schenkung anerkannt wird.

[2]) Staudinger-Kober § 516, I, 3, b; Enneccerus § 343, I, 2; Dernburg II, 2 § 205, II, 2; Oertmann 2. Aufl., § 516, 3; KRGR. § 516, 2; Crome II § 230 Anm. 4; Schollmeyer S. 46; Schoeninger S. 76|77, S. 106 ff; Savigny S. 35|36. Vgl. auch Röm. R. l. 14 D. 39, 5: qui alienum fundum excolit.

[3]) Plank § 516, 2; Oertmann 3.|4. Aufl., Vorbem. §§ 511 ff., 1, b, ß und § 517, 3, sowie Entgeltliche Geschäfte, S. 67; Cosack I § 200 I, 4, a; von Tuhr II, 2 § 75 S. 156; von Gierke III § 191 Anm. 3; Kohler II 1, § 85 S. 282; Riezler, Arch. f. bürg. Recht Bd. 27 S. 237 Anm. 39; Lotmar Bd. I S. 82, 87 Anm. 2; Siber in J. J. Bd. 70 S. 253 Anm. 1; Friedrichs, Vertragsrecht 1927 S. 127; Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 16; OLG. Bd. 22 S. 297; Recht 1911 Nr. 706; Stolte S. 18; Ungnad S. 24; Richrath S. 29; für das gemeine Recht Bekker Bd. 2 § 102 S. 178.

Es ist nun allerdings richtig, — und damit gehen auch diejenigen konform, welche die bezeichneten Fälle dem Schenkungsrecht unterwerfen wollen — dass man die zu Gunsten Dritter unentgeltlich bewirkten Arbeitsleistungen streng genommen nicht als Vermögensopfer im Sinne einer „aus dem Vermögen" erfolgenden Zuwendung ansehen kann, falls dem Vermögensbegriff in dem oben festgestellten Sinne nicht Gewalt angetan wird.

Denn es ist nicht angängig, die Arbeitskraft als solche als Vermögensaktivum im Rechtssinne aufzufassen. Sie ist lediglich ein Kraftaufwand. Zwar stellt sie wirtschaftlich eines der kostbarsten Güter dar, da sie Vermögenswerte schafft und somit die wichtigste Quelle des Vermögenserwerbs bildet. Aber sie erfordert selbst keinen eigenen Vermögensaufwand. Sie ist eine persönliche Leistung, ein „immanenter Bestandteil der Persönlichkeit selbst"[1]), aber kein Bestandteil des der Herrschaft des Subjekts unterworfenen Vermögens, kein Vermögensrecht im juristischem Sinne[2]) [3]). Blosse Arbeitskraft kann daher auch nicht als Vermögensaktivum gebucht werden)[4].

---

[1]) Riezler a. a. O. S. 240.

[2]) Der von Lotmar (S. 87) zur Begründung der h. L. vorgenommenen Deduktion kann nicht beigepflichtet werden: Gemäss § 615 BGB. ist der Arbeitnehmer, wenn er infolge Verzugs des Arbeitsherrn an der Arbeitsverrichtung verhindert ist, dennoch ohne Nachleistungspflicht zur Beanspruchung der vertraglichen Vergütung berechtigt; er muss sich zwar dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Arbeitsunterlassung anderweitig erspart hat. Würde nun die Arbeitsleistung einen Vermögensaufwand und ihr Unterbleiben damit eine Ersparnis bilden, so müsste — nach Lotmar's Deduktion — der Arbeitnehmer diesen Wert des Ersparten auf die ihm zustehende Vergütung in Anrechnung bringen, was praktisch den Wegfall der Vergütung bedeuten und mit dem Wortlaut des § 615 BGB. nicht vereinbar sein würde. Die Begründung ist überspitz und gesucht. Ein derartiges Ergebnis steht selbstverständlich dem Wortlaute entgegen. Gerade weil der Gesetzgeber in der Arbeitskraft als der Quelle des Vermögenserwerbs ein wirtschaftlich bedeutsames Gut erblickt, war er bemüht, den durch ihr Brachliegen drohenden Erwerbsausfall abzuwenden. Aus diesem Grunde kann daher schlechterdings in dem „Ersparen" die möglicherweise einen Vermögensaufwand darstellenden Arbeitsleistungen nicht enthalten sein. Daraus kann dann aber andererseits auch nicht auf die rechtliche Qualifikation der Arbeitskraft eine Schlussfolgerung im Sinne der h. L. gezogen werden.

[3]) Vgl. auch von Tuhr Bd. I, S. 319, Bd. II₂, § 75, Anm. 21; Oertmann a. a. O.; KRGR. § 516, 2.

[4]) Staub-Könige, Bd. I, § 40, Anm. 5 a. E.

Obwohl die Arbeitskraft nicht als ein Vermögensteil im Rechtssinne zu betrachten ist, so kann andererseits der Folgerung der h. L. nicht beigetreten werden. Denn es erscheint in höchstem Grade unangemessen, derartige Leistungen dem Schenkungsrechte zu entziehen und sie als reine „Gefälligkeitsgeschäfte" zu behandeln. Man denke an die unentgeltliche Ausbildung einer Konzertsängerin von fachmännischer Seite, an die unentgeltliche Prozessführung eines Anwalts, die unentgeltliche Erstellung eines Wohngebäudes durch einen Architekten oder die unentgeltliche Vornahme einer Operation seitens eines Spezialisten. Sollten alle diese Fälle, in denen Personen unentgeltlich ihre Arbeitskraft zur Verfügung stellen, die sie sonst nur gegen eine entsprechende Vergütung in den Dienst eines andern zu stellen pflegen, als reine Gefälligkeiten dem Bereiche der Schenkung entzogen sein?

Jede juristische Methode, die zu Gunsten der doktrinären Folgerichtigkeit den sozialen und wirtschaftlichen Zweckgedanken des Gesetzes aufopfert, ist zu verwerfen.

Dem Zweckgedanken des Gesetzes würde es aber widersprechen, in den oben genannten Fällen die Annahme einer Schenkung zu verneinen und dem Schenkungsgeschäft sämtliche auf einem facere beruhenden Leistungstatbestände zu entziehen.

Der unwirtschaftliche Charakter der Schenkung, der den Gesetzgeber in erster Linie zur besonderen Normierung der Schenkung veranlasst hat, trifft nun offensichtlich auch bezüglich der unentgeltlichen Arbeitsleistungen zu. Auch auf sie rechtfertigt sich die Anwendung der eingangs erwähnten Rechtsfolgen.

Widmet jemand seine berufliche Tätigkeit unentgeltlich dem Vorteil eines andern, so handelt er ebenso unwirtschaftlich, wie derjenige, welcher sich eines konkreten Vermögensbestandteils zu Gunsten eines andern entledigt. Sein Verhalten kann sogar häufig noch als unwirtschaftlicher bezeichnet werden. Denn mittels der beruflichen Arbeit verschafft sich der Mensch in der Regel die Lebenssubsidien. Stellt er diese Kraft unentgeltlich einem andern zur Verfügung, so beraubt er sich seiner wichtigsten Einnahmequelle. Sollten diese Leistungen nicht auch die Grundlage für das Recht der Kompetenz abgeben? Soll es einem Anwalt, der einem andern einen langwierigen, zeitraubenden Prozess unentgeltlich geführt hat, im Falle einer infolge Erkrankung eintretenden Verarmung

nicht vergönnt sein, von dem Begünstigten die in der unentgeltlichen Prozessführung enthaltene Bereicherung herauszuverlangen, was ihm ohne Zweifel dann zusteht, wenn er den vereinbarten Honoraranspruch erlassen hätte?

Gerade letzterer Gesichtspunkt muss für einen objektiven Betrachter zu besonderen Bedenken Veranlassung geben. Denn es berührt in der Tat befremdend, wollte man dem Erlass der für die Dienstleistung bereits zuvor bedungenen Vergütung den Charakter einer Schenkung mit ihren Rechtsfolgen zugestehen, sie aber der unmittelbar unentgeltlich bewirkten Dienstleistung deshalb versagen, weil hier eine Zuwendung „aus dem Vermögen", d. h. die Aufgabe eines Vermögensrechts nicht vorläge, bezw. ein Vermögenserwerb unterlassen worden sei, der auch auf Grund des § 517 BGB. von dem Schenkungstatbestande ausgeschlossen sei[1]).

Um durch Arbeitsverrichtungen Schenker zu werden, müsste der Zuwendende vorher eine Lohnforderung vereinbaren und diese in der Folge erlassen. Denn wenn seine Grossmütigkeit soweit reichte, dass er von vornherein auf die Vereinbarung einer Vergütung verzichtet und dem Leistungsempfänger sogar das Gefühl einer Verpflichtung erspart, müsste ihm die Schenkerqualität abgesprochen werden — ein Ergebnis, dem der Laie kopfschüttelnd begegnen wird! Zwischen beiden Tatbeständen besteht unbestrittenermassen eine nicht zu verkennende Nuance, die auch die Konstruktion der Bereicherung beeinflusst. Während nämlich letztere bei Vorliegen eines Erlasses streng juristisch in der Befreiung von einer Verbindlichkeit besteht, liegt sie bei der bereits ursprünglich freiwillig verrichteten Dienstleistung in der Ersparung notwendiger Auslagen. In tatsächlicher Beziehung weist jedoch hier wie dort die Qualität der Leistung des Zuwendenden keinerlei Unterschiede auf, sodass praktisch eine auf dieser rechtlichen Differenzierung beruhende verschiedenartige Behandlung dem Geiste des Gesetzes schwerlich entsprechen dürfte.

Mit Recht betont daher Schöninger[2]), dass die Leichtigkeit, durch „einfache Umstellung oder Verstellung der rechtlichen Konstruktion" „von der einen Geschäftsform zu der andern überzugehen", Bedenken erwecken sollte[3]).

[1]) Ueber letzteren Gesichtspunkt vgl. unten § 7 S. 37.
[2]) S. 110.
[3]) Auch Burckhardt (S. 36) bezeichnet die Erwägung, dass hier Aufgabe

Abgesehen von dieser generellen Betrachtung bietet das Gesetz selbst eine Handhabe, um zu einem der h. L. widersprechenden Resultat zu gelangen.

Wenn die Arbeitskraft im Sinne der beruflichen Dienstleistung auch streng juristisch nicht als Vermögensbestandteil, als unmittelbares Objekt eines Rechts betrachtet werden kann, so ist sie doch wirtschaftlich als solches anzusprechen. Die Arbeitskraft nimmt im heutigen Wirtschaftsleben fast die Stellung einer Ware ein, die je nach dem Erwerbszweige, dem ihr Träger angehört, einen bestimmten Marktpreis besitzt und wie eine Ware gekauft und verkauft wird[1]).

Diese Auffassung, wonach der gewöhnlich nur entgeltlich verwerteten Arbeit eine vermögensähnliche Bedeutung zukommt, findet im Gesetze eine doppelte Stütze.

Sie geht besonders deutlich aus dem Wortlaute des § 1835 Abs. 2 BGB. hervor. Der Vormund hat zwar die Vormundschaft unentgeltlich zu führen (§ 1836). Dennoch gelten als Aufwendungen, für die der Vormund bezw. der Gegenvormund von dem Mündel Vorschuss oder Ersatz verlangen kann, auch solche Dienste des Vormunds bezw. des Gegenvormunds, die zu seinem Gewerbe oder seinem Berufe gehören. Daraus folgt, dass der Gesetzgeber die gewerbs- und berufsmässige Dienstleistung aus dem Bereiche der reinen Gefälligkeit heraushebt und ihr den Charakter einer ersatzerheischenden Handlung beilegt.

Ungnad[2]) erblickt in § 1835 eine Ausnahmebestimmung. Auf Grund des Umstandes, dass das Gesetz unter Aufwendungen in den §§ 669, 670 BGB. nur die Vermögensaufwendungen einer Person und nicht deren Arbeit ansieht, spricht er der unentgeltlichen Arbeitsverrichtung die Schenkungsqualität ab. Diese Schlussfolgerung entbehrt der logischen Folgerichtigkeit. Sie geht auch von unbewiesenen Voraussetzungen aus. Allerdings ist in den §§ 669, 670 BGB. ein Anspruch auf Ersatz der Arbeitsaufwendung in der Regel zu verneinen. Dies beruht auf der Unentgeltlichkeit des Auftrags. Aber gerade die Bestimmung des § 1835 Abs. 2

---

eines bereits erworbenen Rechts, dort Verzicht auf den Erwerb eines Rechts vorliege, als „rein formalistisch".

[1]) Lotmar S. 43.

[2]) S. 24.

BGB. lässt klar erkennen, dass auch die Arbeit, soweit sie von berufs- oder gewerbsmässiger Seite, also nicht nur gelegentlich verrichtet wird, vom Gesetze wie ein Vermögensaufwand behandelt wird. Die Rechtswissenschaft neigt daher in nicht immer bewusster, aber sozusagen intuitiver Erkenntnis der Bedeutung des § 1835 Abs. 2 BGB. überwiegend dazu, den Ausdruck „Aufwendung" nicht lediglich auf den Vermögensaufwand zu beschränken — und dies selbst entgegen der Auffassung Ungnads auch in der Bestimmung des § 670 BGB.[1]).

Wenn sich Plank[2]) zur Begründung seines der Arbeitskraft den Schenkungscharakter stets versagenden Standpunktes unter anderem auf den Wortlaut des §§ 1427 Abs. 2, 1578, 1602 Abs. 2 BGB. beruft, in denen „die Einkünfte des Vermögens" in bewussten Gegensatz zu dem „Ertrage der Arbeit" gebracht worden seien, so kann gerade unter Berücksichtigung des § 1835 Abs. 2 BGB. mit grösserer Berechtigung behauptet werden, dass der Gesetzgeber zur Vermeidung jeglichen Zweifels dem Vermögen auch die erträgnisreichen Arbeitsleistungen gleichstellen wollte.

Dem Vermögenswert der Arbeitskraft trägt die Rechtslehre auch dadurch noch besonders Rechnung, dass sie letztere überwiegend für einlagefähig hält[3]). Aus ähnlichen Erwägungen heraus versagt die h. L. dem Vormund das Recht, sich von dem Mündel unentgeltliche Dienste leisten zu lassen, obwohl § 1805 BGB. lediglich von dem „Vermögen" des Mündels spricht, dessen eigennützige Verwendung dem Vormund verboten ist[4]).

Die Zuwendung von Arbeit muss also nach dem Geiste des Gesetzes als Leistung aus dem Vermögen angesehen werden. Die Arbeitskraft repräsentiert für ihren Träger ein Kapital. Sie wirft

[1]) Vgl. KRGR. § 670, 2, der sogar ausdrücklich auf § 1835 Abs. 2 verweist; vgl. auch Riezler a. a. O. S. 236 Anm. 38, der mit Recht betont, dass sich das Gesetz zur ausschliesslichen Bezeichnung des Vermögensaufwands des Ausdrucks „Kosten" bedient. Auch Plank § 683, 3, a; Crome § 255, III; Dernburg § 302, II; KRGR. § 683,5; Oertmann § 670, 2 (er erblickt allerdings im Verdienstentgang, nicht in der Arbeitskraft als solcher die Aufwendung).

[2]) § 516, 2.

[3]) Vgl. Staub-Könige § 161 Anm. 9 (bezgl. des Kommanditisten), § 335 Anm. 1 (bezgl. des stillen Gesellschafters) mit weiterer Literaturangabe.

[4]) Staudinger-Engelmann § 1805, 1; Kipp, Familienrecht § 114, VII v. Blume § 1805, 2; einschränkend KRGR. § 1805, 2.

bestimmungsgemäss Erträgnisse ab, die dem Leistenden im Falle der unentgeltlichen Dienstleistung verloren gehen. Nicht ohne Recht ist daher der früher von Oertmann[1]) vertretenen Auffassung, dass die unentgeltliche Ueberlassung der Arbeitskraft bereits die Entäusserung „des schon vorhandenen Vermögensgutes der Arbeitskraft" sei, beizutreten. In der unentgeltlichen Arbeitsleistung liegt nicht sowohl eine Zuwendung der zu erwartenden Vergütung an den Bedachten, als vielmehr — wie aus § 1835 Abs. 2 BGB. klar erhellt — eine vermögensähnliche Aufwendung, die nicht als reine Gefälligkeit, sondern als entlohnungswürdige Handlung erachtet wird.

Schöninger[2]) will mit Rücksicht auf die in den Schenkungsbegriff einzubeziehenden Fälle der unentgeltlichen Arbeitsleistungen dem Worte des Gesetzes „aus dem Vermögen" die „weitere Auslegung" geben, „dass die Zuwendung dem Gebiete des Vermögensumsatzes angehören muss". M. E. erscheint es korrekter, nicht sowohl eine extensive Interpretation des Gesetzestextes vorzunehmen, als vielmehr mit Hilfe der Analogie der Arbeitskraft eine vermögensähnliche Behandlung angedeihen zu lassen.

Wenn demgegenüber von der h. L. noch geltend gemacht wird, dass auch eine Anwendung der Schenkungsfolgen auf die unentgeltiich bewirkten Dienstleistungen nicht gerechtfertigt erscheine, so möge im folgenden an einigen Beispielen nachzuweisen versucht werden, dass im Gegenteile eine Ausdehnung der die Schenkung betreffenden Rechtssätze auch auf die unentgeltlichen Dienstleistungen durchaus der Billigkeit entspricht und sich auch vom Standpunkt der Interessenabwägung beim Vergleich der Interessenlagen eine Uebereinstimmung ergibt.

Was zunächst die Formvorschrift des § 518 BGB. anlangt, so dürfte ihre Anwendung auf das Versprechen unentgeltlicher Arbeitsleistung gewiss ebenso gerechtfertigt erscheinen, wie bei dem Versprechen einer reinen Geldleistung. Mit Rücksicht auf die vermögensähnliche Bedeutung der Arbeitskraft, deren unentgeltliche Ueberlassung in den hier als Schenkung bezeichneten Fällen ihren Träger wirtschaftlicher Vorteile beraubt, ist die Gewährung des in § 518 enthaltenen Schutzes vor übereilter unökonomischer Hand-

[1]) 2. Auflage § 517, 3.
[2]) S. 110.

lungsweise für das Versprechen unentgeltlicher Dienstleistung ohne Bedenken zu befürworten.

Die Einrede des Notbedarfs wird in den fraglichen Fällen allerdings praktisch nicht benötigt werden, denn, da sich das Versprechen in der Regel als Auftrag darstellen wird, greift das Kündigungsrecht des § 671 BGB. selbst dann ein, wenn der Versprechende als Beauftragter auf das Kündigungsrecht verzichtet haben sollte. Stets wird nämlich hier ein wichtiger und daher gemäss § 671 Abs. 2 BGB. zur Kündigung berechtigender Grund vorliegen. Verpflichtet sich z. B. ein Gipsermeister in rechtswirksamer Weise und unter Verzicht auf ein Kündigungsrecht noch vor Eintritt des Winters die Verputzung meiner Villa unentgeltlich vorzunehmen und gerät er vorher in eine Situation der in § 519 BGB. bezeichneten Art, sodass er also nur durch stete Arbeit seinen Unterhaltungspflichten nachzukommen vermag, so wäre es im höchsten Grade unsozial, wollte man ihn an seine Verpflichtung halten und ihm dadurch den Erwerb des erforderlichen Lebensunterhalts zeitweise rauben[1]). § 671 Abs. 2 BGB. kommt ihm zu Hilfe.

Die Vorschriften über den Auftrag versagen jedoch bezgl. der Anwendung der Vorschriften über das Rückforderungsrecht wegen Verarmung, sowie des Widerrufsrechts[2]). Der Auschluss dieser Rechte würde bei den unentgeltlichen Arbeitsleistungen als völlig ungerechtfertigt gegenüber den sonstigen Zuwendungen erscheinen. Denn ein legislatorischer Grund, dieses Recht auf Fälle der Hingabe eines konkreten Vermögenbestandteils zu beschränken, ist nicht ersichtlich. Die Billigkeitserwägungen, welche den Gesetzgeber zur Aufnahme der fraglichen Vorschrift veranlasst haben, erstrecken sich in gleicher Weise auch auf die unentgeltlich bewirkten Arbeitsleistungen. Denn die sofort freiwillig bewirkte Arbeitsleistung erweist sich, wie bereits oben ausgeführt wurde, ihrem Inhalte nach nicht minderwertiger als im Falle eines Erlasses der für die Leistung zuvor vereinbarten Vergütung. Eine Betonung des rechtlichen Unterschiedes wurde bereits oben[3]) als formalistisch zurückgewiesen.

[1]) Anders wäre natürlich zu entscheiden, wenn der Versprechende arbeitslos wäre, denn hier kann die Erfüllung des Versprechens nicht kausal für eine weitere Gefährdung der Lebensnotdurft wirken.

[2]) Darüber, dass der Auftrag keinen die Schenkung ausschliessenden Spezialtatbestand darstellt, vgl. unten § 6.

[3]) S. 24.

Soll ein Architekt, der kostenlos einem andern eine Villa erstellt, schlechter gestellt werden, als wenn er auf die ihm zustehende zuvor vereinbarte Vergütung verzichtet hätte? Es ist nicht mehr als billig, ihm dasselbe Recht zu gewähren. Der Grundgedanke für die Rückgabepflicht bei Verarmung des Schenkers (§ 528 BGB.) und den Widerruf bei grobem Undank (§ 530 BGB.) beruht auf der Annahme einer moralischen Verpflichtung des Empfängers, deren Existenz bei den in Rede stehenden Fällen ebenfalls nicht bezweifelt werden kann.

Auch die Anwendung des § 1446 BGB. hat für die strittigen Fälle einen guten Sinn. Stolte[1]) glaubt in § 1446 eine Bestätigung der herrschenden Ansicht zu finden. Seine Begründung ist unklar. Es ist unrichtig, dass die unentgeltliche Arbeitsleistung des Mannes keine Schenkung aus dem Gesamtgute darstellt. Aber der Mann bedarf auch gemäss § 1446 S. 2 BGB. — wie Stolte anscheinend völlig übersieht — zu einem Schenkungsversprechen, das sich **nicht** auf das Gesamtgut bezieht, der Einwilligung der Frau. Der Grund für diese Bestimmung ist ersichtlich. Das Gesamtgut haftet für sämtliche Verbindlichkeiten des Mannes (§ 1459 BGB.). Der Gesetzgeber wollte dadurch die am Gesamtgut beteiligte Frau vor unwirtschaftlichen, vermögensgefährdenden Handlungen des Mannes, wie sie oft in einem Schenkungsversprechen erhalten sind, bewahren. Verpflichtet sich nun der Mann rechtswirksam unter Verzicht auf ein Kündigungsrecht zur unentgeltlichen Bewirkung beruflicher Dienstleistung, die sich als Schenkung charakterisieren würde, so könnten die Gläubiger bei grundloser Weigerung des Mannes auf Kosten des Schuldners und damit auf Kosten des Gesamtguts die betreffende Handlung gemäss § 887 ZPO. vornehmen lassen. Auch hierin kann also ein mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit das Gesamtgut besonders gefährdendes Verhalten liegen, das die Einwilligung der am Gesamtgut interessierten Frau rechtfertigt.

Nach § 1641 bezw. § 1804 BGB. kann der gesetzliche Vertreter bezw. der Vormund nicht in Vertetung des Kindes Schenkungen machen. Soll es diesen Personen gestattet sein, in Vertretung des Kindes einen Vertrag zu schliessen, wonach letzteres unentgeltlich seine berufsmässige, den andern bereichernde Arbeit

[1]) S. 21.

in den Dienst dieses andern zu stellen sich verpflichtet[1])? Wenn auch diese Fälle mangels Einhaltung der Form des § 518 BGB. kaum eine praktische Bedeutung haben, so ergibt sich aus der theoretischen Durchführung, dass eine folgerichtige Einbeziehung der unentgeltlichen Dienstleistungen in die die Schenkung betreffenden Gesetzesbestimmungen gerechtfertigte und dem Zweckgedanken dieser Vorschriften entsprechende Ergebnisse erzielen.

Die Anwendung der Schenkungsfolgen auf den Bereich der unentgeltlichen Dienstleistungen kann somit nicht für unberechtigt erachtet werden. Auch hierin liegt eine Bestätigung und Bekräftigung der dem Gesetze selbst entnommenen Begründung.

§ 6. Das Verhältnis der Schenkung zu den gesonderten Tatbeständen des Auftrags, der Leihe, der unentgeltlichen Verwahrung und des unverzinslichen Darlehens.

Die Möglichkeit einer durch unentgeltliche Arbeitsleistung bewirkten Schenkung wird mitunter auch in Hinblick auf die Sonderregelung, welche die unentgeltliche Geschäftsbesorgung in den Bestimmungen über den Auftrag erfahren hat, verneint.

Wir berühren damit die ebenfalls in der Literatur bestrittene Frage, ob in denjenigen Fällen, in welchen jemand, ohne eine Gegenleistung zu beanspruchen, einem andern den Gebrauch einer Sache unentgeltlich überlässt, ihm ein unverzinsliches Darlehen gewährt oder eine Sache unentgeltlich in Verwahrung nimmt, eine Schenkung vorliegen kann oder nicht. Die Gleichartigkeit der Fälle gestattet eine gemeinsame Behandlung.

Hier wie dort wird die Möglichkeit einer Schenkung mit Rücksicht auf ihre Stellungnahme zu den andern gesetzlich umgrenzten Rechtsgeschäften wie Auftrag, Leihe, unverzinsliches Darlehen und Verwahrung verneint. Auf Grund der Tatsache, dass die unentgeltliche Gewährung des Gebrauchs einer Sache durch die Vorschriften über die Leihe (§§ 598 ff. BGB.), die unverzinsliche Hingabe eines Darlehens durch die Bestimmungen über das Darlehen

[1]) Nach der h. L. könnte nur dann, wenn das Mündel für längere Zeit als 1 Jahr verpflichtet werden sollte, durch die Vorschrift des § 1822 Z. 7 BGB. Abhilfe geschaffen werden.

(§§ 607 ff. BGB.), sowie die unentgeltliche Geschäftsbesorgung durch die Vorschriften über den Auftrag (§§ 662 ff. BGB.) vom Gesetzgeber einer speziellen Regelung unterzogen worden sind, folge eindeutig, dass diese Tatbestände als gesonderte, dem Tatbestand der Schenkung nicht unterworfene betrachtet werden müssten und vom Gesetzgeber auch betrachtet worden seien[1]).

Schöninger[2]) vertritt die Auffassung, dass die Leihe, die unentgeltliche Verwahrung und der Auftrag zwar niemals Schenkung seien, dennoch aber die den Inhalt dieser Verträge bildenden Leistungen Gegenstand einer Schenkung zu sein vermöchten. Zur Begründung seiner Ansicht geht er davon aus, dass überall dort, wo sich jemand bei der Leistung von Diensten, bei der Ueberlassung von Sachen zum Gebrauch, bei der Uebernahme einer Verwahrung auf den Standpunkt der „merkantilen Geschäftsmässigkeit“[3]), d. h. der wirtschaftlichen Verwertung stellt, im Falle der unentgeltlichen Bewirkung der betreffenden Leistung eine Schenkung vorliege. Würde man sich aber bei den fraglichen Leistungen lediglich von idealen Motiven, wie Freundschaft, Pflicht und Nächstenliebe leiten lassen, so liege keine Schenkung vor; denn das Leistungsgeschäft der Schenkung gehöre „durchaus dem Gebiete des Geschäftsmässigen“ an. Es sei ein geschäftsmässiger, in erster Linie auf eine Bereicherung des Empfängers gerichteter Akt, dessen Vermögen dadurch von einer Geldausgabe erspart bleiben soll. Bezüglich der gesetzlich normierten Rechtsinstitute der Leihe, des Auftrags etc. handle es sich dagegen um „ausserhalb alles Vermögensverkehrs stehende Akte der Freundschaft und Gefälligkeit“, deren Rechtswirkungen zu regeln sich das positive Recht allerdings genötigt gesehen habe[4]).

---

[1]) Vgl. Plank § 516, 2: Die Annahme einer Schenkung würde zu einer „Grenzverwirrung“ zwischen Schenkung einerseits, Leihe und unverzinslichem Darlehen andererseits führen. (Im Gegensatz zu früheren Auflagen!). Siber in J. J. Bd. 70 S. 253 Anm. 1: Der die Schenkungen auf „entäussernde Zuwendungen“ beschränkt wissen will. Kohler Bd. II, 1, § 85; Schreiber J. J. Bd. 60 S. 156, 191; Höniger, Gemischte Verträge, S. 165; Richrath S. 30; Windscheid-Kipp § 365, S. 513; Oertmann, Vorbem. 1, b, ß bezgl. der unentgeltlichen Arbeitsgeschäfte (anders dagegen bezgl. der Gebrauchsüberlassung: Entgeltliche Geschäfte S. 65).

[2]) S. 70 ff.; S. 106 ff.

[3]) S. 71.

[4]) In Verfolg dieser Ansicht legt Schöninger (S. 71) dem Ausdruck „unentgeltlich“ eine zweifache Bedeutung bei. In den §§ 598, 662, 689

Dadurch, dass er die Möglichkeit einer in das Rechtsgewand der Leihe, des Auftrags etc. gekleideten Schenkung verneint, sieht sich Schöninger genötigt, das charakteristische Unterscheidungsmerkmal zwischen der Schenkung und den fraglichen Gefälligkeitsverträgen in der subjektiven Einstellung des Leistenden zu suchen. Erscheine die Leistung „als ein zum Voraus erklärter geschäftsmässiger Verzicht auf die nach der ganzen Sachlage zu erwartende Vergütung", so läge Schenkung, erfolge die Zuwendung aber unter dem Gesichtspunkte der Ausübung einer Pflicht der Nächstenliebe oder Freundschaft, so läge Leihe vor.

Diese Rechtskonstruktion ist äusserst gekünstelt und durch nichts gerechtfertigt. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich das unökonomische Geschäft der Schenkung im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften der Leihe, des Auftrags etc. als geschäftsmässiger Akt darstellen sollte. Allerdings erfordert die Schenkung eine Vermögensbereicherung des Begünstigten, um deren Willen sie in der Regel vorgenommen zu werden pflegt. Aber dadurch rechtfertigt sich in keiner Weise die Annahme, als ob sich die Schenkung und die fraglichen Tatbestände der Leihe etc. unbedingt ausschlössen. Auch der Entleiher kann mit der Ueberlassung des Gebrauchs seiner Sache den Vertragsgegner zu bereichern beabsichtigen, ohne dass daraus etwa der Schluss gezogen werden dürfte, die Rechtsverhältnisse der Parteien könnten nicht mehr nach den Grundsätzen der Leihe behandelt werden. Der von Schöninger konstruierte Motivunterschied findet im Gesetze keine Begründung: Die Motive liegen ausserhalb der von der Rechtsordnung beherrschten Sphäre. Die Lösung des Problems liegt auf anderem Gebiete.

Die Rechtsinstitute der Leihe, des Auftrags etc. könnten nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatze der Spezialität gegenüber der Schenkung nur dann als deren Existenz ausschliessende Spezialtatbestände erscheinen, wenn die Schenkung einen weiteren, die fraglichen Tatbestände dagegen einen enger umgrenzten Tatbestand aufwiesen. Dem ist aber nicht so.

Leihe ist die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einer beweglichen Sache[1]). Sie **kann**, aber **braucht** nicht notwendiger-

und 690 bedeutet er die Negation der Geschäftsmässigkeit, in § 516 BGB. dagegen die „Negation einer nach den Grundsätzen der Geschäftsmässigkeit zu erwartenden Entlohnung".

[1]) Die unentgeltliche Ueberlassung der Nutzung unbeweglicher Sachen

weise eine Vermögensbereicherung des Entleihers zur Folge zu haben. Die durch den Besitz ermöglichte Lektüre eines Buches mag wohl dem Entleiher einen ideellen Vorteil, einen immateriellen Genuss verschaffen; eine Vermögensbereicherung i. Sinne des § 516 BGB. ist damit aber noch nicht verbunden. Die Vermögensbereicherung ist aber andererseits ein unbedingtes Erfordernis der Schenkung. Letztere weist also in dieser Beziehung offensichtlich einen engeren Tatbestand auf, während die Spezialität der Leihe in der Beschränkung auf die blosse unentgeltliche Gebrauchsüberlassung liegt. Beide Institute sind zwei sich schneidenden Kreisen vergleichbar.

Desgleichen setzen die fraglichen Rechtsgeschäfte auch das andere spezifische Merkmal der Schenkung, die auf seiten des Schenkers durch die Zuwendung eintretende Vermögensverminderung, nicht unbedingt voraus. Die Gewährung eines unverzinslichen Darlehens stellt sich für den Darleiher nicht als Vermögensminderung dar, sofern er selbst den Leihbetrag nicht verzinslich angelegt hätte[1]). Und was von der Leihe bezw. dem Darlehen gilt, kann in entsprechender Weise auch auf den Auftrag[2]) und die übrigen, sogenannten wohlwollenden Verkehrsgeschäfte ausgedehnt werden.

Die besondere gesetzliche Regelung der fraglichen Tatbestände berechtigt daher nicht zur Annahme, dass damit ihre Unterwerfung unter das gesetzliche Rechtsinstitut der Schenkung ausgeschlossen wäre. Im Gegenteil stellt die Sckenkung durch das besondere Erfordernis der Bereicherung des Beschenkten auf Kosten des Schenkers eine lex spezialis gegenüber den sonstigen Gefälligkeitsverträgen, deren Spezialität lediglich in dem bestimmten Zuwendungsobjekte besteht, dar. Die Schenkung nimmt also in gewissen Fällen den Tatbestand der Leihe, des Auftrags etc. in sich auf, deckt sich aber nicht begrifflich mit ihnen. Fällt sie aber im

fällt nach der gesetzlichen Definition (§ 598 BGB.) nicht unter den Leihebegriff.

[1]) Im Verlust des Besitzes als solchem liegt noch keine Vermögensverminderung, da er durch die Erlangung des Anspruchs auf Rückerstattung des Darlehens ausgeglichen ist.

[2]) Vgl. auch Enneccerus Bd. I, 2, § 380, I, 2: Wird die Besorgung der Geschäfte als vermögensvermindernde Verpflichtung übernommen, so liegt Schenkung vor.

konkreten Falle damit zusammen, so stehen der Einrubrizierung desselben Tatbestandes unter zwei verschiedene gesetzlich geregelte Institute keine Bedenken entgegen. Auch die praktische Behandlung dürfte kaum Schwierigkeiten bereiten, da sich eine Anwendung der die Leihe etc. betreffenden Rechtssätze mit den bezgl. der Schenkung aufgestellten Rechtsgrundsätzen sehr wohl vereinigen lässt[1]).

Tritt die Schenkung in den Rechtsformen der Leihe, des Auftrags etc. in die Erscheinung, so bilden diese dann das Vollzugsmittel der Schenkung. Auf derartige Geschäfte finden in erster Linie die Rechtssätze jener Institute Anwendung, daneben gilt das Schenkungsrecht in vollem Umfange, nicht nur subsidiär[2]). Daher würde auch die sich im konkreten Falle als Schenkung charakterisierende Zusage einer Leihe, eines Auftrags oder eines zinslosen Darlehens der Formvorschrift des § 518 BGB. unterliegen[3]) [4]).

§ 7. Die einschränkende Bestimmung des § 517 BGB.

In diesem Zusammenhang erhebt sich des weiteren die Frage, ob die Zuwendung aus dem bereits erworbenen Vermögen des Gebers stammen müsse, oder ob auch die Abtretung zukünftiger Rechte und Aussichten den Tatbestand der Schenkung zu erfüllen vermag. Der Wortlaut des Gesetzes allein würde bereits genügen, um die Frage im ersteren Sinne zu lösen. Denn da die Schenkungszuwendung **aus** dem Vermögen des Gebers herrühren und damit dessen Vermögen durch die Hingabe des Vermögensstückes

---

[1]) Fraglich könnte nur das Mass der Haftung erscheinen, da nach Auftragsgrundsätzen auch für leichte Fahrlässigkeit, bei Schenkung dagegen nur für grobe Fahrlässigkeit gehaftet wird.

[2]) Vgl. auch von Tuhr § 75 Anm. 19 (bezgl. von Leihe und unverzinslichem Darlehen); besonders auch Burckhard S. 35, der hier von einem negotium mixtum cum donatione spricht. M. E. ist dieser Ausdruck jedoch nur auf diejenigen Fälle anzuwenden, in denen die Schenkung eine Verbindung mit einem entgeltlichen Geschäft eingeht.

[3]) Ebenso von Tuhr a. a. O. A. A. Oertmann, entgeltliche Geschäfte S. 65 Anm. 41: Da hier das Schenkmoment „bestenfalls etwas Zufälliges, nicht die Substanz des Aktes Berührendes oder gar Ausfüllendes" sei.

[4]) Darüber, dass die unentgeltliche Gebrauchsgewährung mitunter auch um deswillen als Schenkungsobjekt verneint wird, weil sie keine Zuwendung **aus** dem Vermögen darstelle, vgl. unten § 7.

objektiv eine Verminderung erfahren muss, so scheiden alle diejenigen Fälle als Schenkungszuwendung aus, in denen ein Verlust des gegenwärtigen Vermögensstandes deshalb nicht eintreten kann, weil der zugewandte Gegenstand noch nicht endgültig erworben worden war. Um aber allen Zweifeln zu begegnen und „im Interesse des praktischen Verständnisses zur Klarstellung des gesetzlichen Schenkungsbegriffes", wie sich die Motive[1]) ausdrücken, hat der Gesetzgeber ausnahmsweise in § 517 BGB. eine „erläuternde Ergänzung"[2]) geschaffen, welcher die Bestätigung der aus dem klaren Wortlaute des Gesetzes allein sich ergebenden Lösung zu entnehmen ist.

§ 517 BGB., der übrigens von der II. Kommission nicht als Auslegungsregel für die mutmassliche Willensrichtung der Parteien, sondern als zwingende Vorschrift bezeichnet wurde[3]), lautet:

> „Eine Schenkung liegt nicht vor, wenn jemand zum Vorteil eines anderen einen Vermögenserwerb unterlässt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt".

§ 517 BGB. begrenzt also in Uebereinstimmung mit der h. L. des gemeinen Rechts[4]) den Schenkungsbegriff „nach der negativen Seite hin"[5]) und verneint das Vorhandensein einer Schenkung in folgenden Fällen:

1. Unterlassung eines Vermögenserwerbs zum Vorteil eines andern[6]).

Es genügt somit für den Tatbestand der Schenkung nicht, wenn man einem andern nur die Möglichkeit eines Erwerbs verschafft, ohne selbst eine Vermögenseinbusse zu erfahren[7]). Hierunter sind alle diejenigen Fälle zu rechnen, in denen jemand eine

---

[1]) Bd. II S. 290 in Mugdan S. 161.
[2]) Plank § 517, 1.
[3]) Prot. S. 1624 in Mugdan S. 740; Oertmann § 517, 4; Staudinger § 517, 6.
[4]) Vgl. insbesondere Windscheid-Kipp Bd. II § 365 Anm. 6 mit Belegstellen. A. A. aber Burckhardt S. 115 ff.
[5]) So Endemann § 164 Anm. 19.
[6]) Vgl. auch l. 28 pr. D. de verb. sing. 50, 16.
[7]) Dernburg S. 142.

tatsächliche in Aussicht stehende Erwerbsgelegenheit nicht wahrnimmt und dadurch einem andern ihre Benutzung ermöglicht[1]). Man besitzt die Möglichkeit, durch ein Tätigwerden sein Vermögen zu bereichern und versäumt es zu Gunsten eines Dritten, die günstige Erwerbsgelegenheit zu ergreifen. So z. B. beim Unterlassen der Okkupation einer herrenlosen Sache, damit ein anderer sie sich aneignen kann oder bei der Gestattung der Besitzergreifung durch einen andern beim Anblick einer verlorenen Sache, um diesem den Finderlohn zukommen zu lassen. In beiden Fällen gehört sowohl die okkupationsfähige Sache wie auch der Anspruch auf den Finderlohn noch nicht zum Vermögen des Okkupierenden bezw. des Finders. Erst mit der Besitzergreifung gelangt sie in sein Vermögen; unterlässt er ihren Erwerb zu Gunsten eines Dritten, so nimmt er keine Schenkung vor, denn sein Vermögen erleidet keine Verminderung. In allen diesen Fällen erfährt der gegenwärtige Vermögensstand des Zuwendenden keinerlei Beeinträchtigung.

Es gehören hierher aber auch diejenigen Fälle, in welchen jemand die „Ausbeutung besonderer Rechtslagen“[2]) unterlässt, wie z. B. bei der Ablehnung einer günstigen Offerte[3]), bei der Nichtausübung eines zu seinen Gunsten begründeten Anfechtungsrechts, bei der Nichtgenehmigung eines Rechtsgeschäfts[4]). Dagegen erscheint es m. E. nicht gerechtfertigt, die Fälle der Versäumung einer Frist (z. B. Verjährenlassen, Mängelrügefrist etc.) dem Tatbestand des § 517 BGB. zu unterwerfen. Denn hierbei handelt es sich nicht etwa, wie Staudinger[5]) behauptet, „um Rechtspositionen, die lediglich die Möglichkeit eines Rechtserwerbs in sich schliessen“, sondern nur um die Wahrung bereits bestehender Rechte, deren endgültigen Verlust die Versäumung der Frist herbeiführt[6]).

Aus allen Fällen geht hervor, dass der Gesetzgeber in dem entgangenen Gewinn noch keine Vermögensbeschädigung erblickt.

---

[1]) KRGR. § 517, 1 will diese Fälle nicht unter § 517 subsumieren, da bereits aus § 516 erhelle, dass insofern eine Schenkung nicht vorliegt. Der Wortlaut des § 517 steht ihrer Unterordnung aber nicht entgegen.

[2]) KRGR. § 517, 1.

[3]) Dernburg S. 142 Anm. 6; v. Tuhr § 75 S. 158; KRGR. a. a. O.

[4]) v. Tuhr a. a. O; KRGR. a. a. O.

[5]) § 517, 3.

[6]) A. A. aber Endemann S. 1028 Anm. 19; KRGR. a. a. O. Vgl. auch unten § 15 S.

Es mag Reatz[1]) zugegeben werden, dass dieses Ergebnis wirtschaftlich vielleicht nicht zu billigen ist, insofern die Opferwilligkeit des Schenkers hierbei von den gewöhnlichen Schenkungsfällen nicht allzu stark divergiert, wenn es nur noch eines oft ohne irgendwelche Opfer verbundenen Zugriffs bedarf, um den dem andern überlassenen Gegenstand für sich zu erwerben. Gegenüber der positiven Rechtsnorm des § 517 BGB. sind derartige Betrachtungen aber fruchtlos.

Mit Recht weist übrigens der KRGR.[2]) darauf hin, dass die Fälle indirekter Vermögenszuwendung, welche durch Vermittlung einer dritten Person vollzogen werden[3]), nicht hierher gehören, da der Gläubiger, der seinen Schuldner anweist, an einen Dritten zu leisten, nicht etwa auf die Erlangung der ihm geschuldeten Leistung verzichtet, sondern das bereits begründete und in seinem Vermögen befindliche Forderungsrecht zu Gunsten des Dritten aufopfert.

Ein lebhafter Kampf besteht in der Literatur bezgl. der Frage, ob auch die unentgeltlichen Dienstleistungen, die unentgeltliche Ueberlassung einer Sache zum Gebrauch oder die Gewährung eines unverzinslichen Darlehens dem Geltungsbereiche des § 517 BGB. zu unterwerfen seien oder nicht.

Wie bereits oben eingehend ausgeführt wurde, werden derartige Leistungen von den einen[4]) überhaupt nicht als Schenkung angesprochen. Andere wollen auf sie ohne weiteres § 517 BGB. in Anwendung bringen[5]) mit der Begründung, dass in der unentgeltlichen Vornahme solcher Zuwendungen der Verzicht auf die Begründung einer Forderung und somit die Unterlassung eines Vermögenserwerbs zu erblicken sei, aber keineswegs eine das Vermögen in seinen bisherigen Bestandteilen vermindernde Handlungsweise läge.

Die herrschende[6]) Lehre stellt die fraglichen Fälle in den Bereich der Schenkungsmöglichkeit, sofern die Leistung eine regel-

[1]) A. a. O. S. 189.
[2]) A. a. O.
[3]) Vgl. § 1 S. 8 ff.
[4]) Vgl. bezgl. der Arbeitsleistungen § 5 S. 21 Anm. 3; bezgl. der unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung § 6 S. 31 Anm. 1; vgl. auch von Gierke Bd. III, § 191, Anm. 3: Die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung mache den Schenker nicht ärmer.
[5]) Richrath S. 29 u. a.
[6]) Wenigstens bezgl. der Fälle der unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung.

mässige Einnahmequelle des Schenkers bildet, welche durch die Zuwendung aufgehoben oder gemindert wird[1]). Bezüglich der Arbeitsleistungen, wird wie bereits oben erwähnt[2]), darauf abgestellt, ob sie von berufs- oder gewerbsmässiger Seite verrichtet werden. Es versteht sich von selbst, dass natürlich ausserdem auf Seite des Bedachten eine Vermögensvermehrung vorhanden sein muss, um dem weiteren Schenkungserfordernis der Bereicherung zu genügen. Letzterer Punkt gehört in das Gebiet der Vermögensbereicherung. Seine Behandlung schaltet an dieser Stelle aus. Wie schon oben sei auch hier nur kurz darauf hingewiesen, dass die Annahme einer Bereicherung dann begründet ist, wenn der Empfänger durch die Gebrauchsüberlassung etc. von notwendigen Ausgaben befreit wurde[3]).

Was zunächst die unentgeltlichen Dienstleistungen betrifft, so kommt nach der von uns vertretenen Auffassung ihre Subsumierung unter § 517 BGB. nicht in Betracht. Denn bei ihnen ist es die Arbeitskraft, die aufgewandt wurde und die wie ein Vermögensaufwand zu behandeln ist. Mit dem Vollzug der Arbeitsleistung hat der Zuwendende bereits einen vermögensähnlichen Faktor aufgegeben.

Anders dagegen in den Fällen der unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung eines Gegenstandes und den übrigen hier in Betracht kommenden Tatbeständen.

Von der Unterlassung eines Vermögenserwerbs im Sinne des § 517 BGB. könnte hier offensichtlich dann gesprochen werden, wenn der Zuwendende die Gelegenheit zur Erlangung eines Vermögenswertes auszunutzen unterliess, ohne dass eine Vermögensschädigung bei ihm eingetreten wäre. Letztere Annahme liegt bei den in Rede stehenden Tatbeständen mit Rücksicht darauf nahe, dass der durch die betreffende Zuwendung an sich zu erreichende pekuniäre Vorteil eben noch nicht im Vermögen selbst enthalten ist, sondern erst durch die Zuwendung selbst fällig zu werden pflegt.

---

[1]) Plank 3. Aufl., § 516, 2; Staudinger § 516, I, 3, c; Enneccerus § 343, I, 1, a; Dernburg II, 2 § 205, II, 2 S. 142; KRGR. § 516, 2; Oertmann Vorbem. 1, b; § 516, 3; § 517, 3; und Entgeltliche Geschäfte S. 65; v. Tuhr II, 2, § 75 S. 56; Schollmeyer S. 46; Windscheid-Kipp § 365 Anm. 6; Crome II § 230 Anm. 4; v. Seeler, Glossen S. 47; Siméon § 62, 1, a; Eckstein S. 402.

[2]) Vgl. § 5 S. 21.

[3]) Vgl. unten § 8; Enneccerus a. a. O.; auch Savigny S. 34 ff.

Das Ergebnis dürfte aber dem Rechtsempfinden wenig entsprechen. Es widerstrebt dem Rechtsgefühl, in denjenigen Fällen, wo einem andern die Benutzung einer grossstädtischen Mietswohnung auf Jahre hinaus unentgeltlich überlassen wird oder wo ihm ein Geldkapital für längere Zeit zinslos von einem Bankier ausgeliehen wird, das Vorhandensein einer Schenkung mit den sich aus ihr ergebenden rechtlichen Folgen zu verneinen. Gerade die Anwendung jener sich besonders im Familienrecht auswirkenden Folgen erscheint durchaus der Billigkeit entsprechend. Wenn § 1446 BGB. die Einwilligung der Frau zu einer Schenkung des Mannes aus dem Gesamtgut verlangt, so soll damit einer Schädigung der Frau durch offensichtlich unwirtschaftliche, das gemeinschaftliche Vermögen beeinträchtigende Handlungen des Mannes vorgebeugt werden. Es ist nicht einzusehen, inwiefern der Mann bei der unentgeltlichen Ueberlassung einer Mietwohnung oder der zinslosen Bereitstellung eines Kapitals, wodurch zweifellos wirtschaftliche Schädigungen des Vermögens eintreten, anders gestellt sein sollte. Dasselbe trifft auch bezügl. der §§ 1641, 1804 BGB. zu, die ein Schenkungsverbot des Vaters bezw. des Vormunds für das ihrer Verwaltung unterliegende Kindesvermögen enthalten.

Wenn Richrath glaubt, dass es sich dabei um Leistungen handle, „welche nicht von folgenschwerer Tragweite für das wirtschaftliche Leben des einzelnen oder der Gesellschaft“ sei, so ist demgegenüber zu erwidern, dass abgesehen von der Richtigkeit dieser unbewiesenen Behauptung die Schenkung geringwertiger Gegenstände gewiss nicht dieses Moment erfüllt. Auch der Umstand, dass evtl. ein Rückforderungsrecht wegen Verarmung des Schenkers oder ein Widerrufsrecht wegen Undanks des Bedachten geltend gemacht werden könnte, widerspricht bei den obigen Leistungen keineswegs „dem modernen Geiste des Gesetzes“, wie Richrath annimmt. Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass ja auch an die Schenkung geringwertiger Gegenstände — sofern es sich nicht um Anstands- oder Pflichtsschenkungen handelt — derartige Folgen geknüpft werden[1]). Der Gesetzgeber hat diese Folgen keineswegs an eine bestimmte Wertgrenze des Schenkungs-

[1]) Vgl. Richrath selbst (S. 69), der z. B. auf die Schenkung gebrauchsfähiger Reklameartikel, wie Taschenmesser oder Korkzieher die Schenkungsregeln in vollem Umfange angewendet wissen will.

objekts gebunden. Im Gegenteil würde es dem modernen Geiste des Gesetzes eher entsprechen, die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einer großstädtischen Mietswohnung mit einer Friedensmiete von 2000 Mk. mit den wichtigen Schenkungsfolgen auszustatten, als die sonstige Hingabe eines billigen Gegenstandes.

Im übrigen kann auch hier auf den bereits anlässlich der Prüfung der rechtlichen Qualifikation der unentgeltlichen Arbeitsleistungen betonten Gesichtspunkt[1]) hingewiesen werden, dass es Bedenken erwecken sollte, auf den rein rechtlichen, die Leistung als solche nicht berührenden Unterschied zwischen dem Erlass einer bereits vereinbarten Vergütung und der Zuwendung unter vorherigem Verzicht auf die Vereinbarung irgend einer Vergütung eine verschiedenartige Rechtsbehandlung zu stützen.

Die Anhänger der h. L. lassen in der Regel eine nähere Begründung ihrer Auffassung vermissen. Sie begnügen sich in der Mehrzahl mit der blossen Feststellung.

Enneccerus[2]) meint, dass bei diesen Zuwendungen formal eine Aufgabe bereits erworbenen Vermögens nicht vorliege, dass sie jedoch „wirtschaftlich als Vermögensminderung" erscheinen würden. Auch der KRGR.[3]) vertritt die Auffassung, dass das Vermögen durch unentgeltliche Gebrauchsüberlassung, unverzinsliches Darlehen eine Verminderung erfahren könne, „sofern dadurch ein Ertrag aufgeopfert wird, den man sonst gewonnen haben würde". Eine Ausführlichere Begründung seiner Ansicht gibt lediglich Dernburg[4]). Er macht geltend, dass die nach menschlicher Berechnung mit grösster Sicherheit ständig eintretenden wiederkehrenden Einkünfte dem Vermögen als schon erworben hinzuzurechnen wären[5]). Der Gesetzgeber wollte nach seiner Ansicht in der Bestimmung des § 517 BGB. den Gedanken zum Ausdruck bringen, „dass es weniger bedenklich sei, wenn man einen Zuwachs zu seinem Vermögen, ohne den man sich auch bisher behalf, unentgeltlich aufgibt, als wenn man sein bereits konsolidiertes Vermögen verkürzt". In den genannten Fällen gebe man aber den „Ertrag seines bereits er-

[1]) Vgl. S. 24.
[2]) Bd. I, 2, § 343, I, 2.
[3]) § 516, 2.
[4]) S. 142|43.
[5]) Vgl. auch Windscheid § 365 Anm. 6: Der künftige Ertrag sei gleichsam schon jetzt Vermögensbestandteil; ebenso Wogt S. 20 und 26 ff.

worbenen Vermögens auf, was etwas anderes sei, als neuer Zuwachs". In der „Aufgabe einer künftigen, ständigen Einnahme" aus dem Vermögen läge eine Schenkung, da sie bereits zum konsoldierten Vermögen gehöre[1]).

So billigenswert das Ergebnis, so wenig befriedigt die Begründung. Rechnet man die künftigen Erträgnisse zur Vermögenssphäre, so nimmt man eine künstliche Anticipierung künftigen Vermögenserwerbs vor. Denn Einkünfte, die erst später dem Vermögen zufliessen, bilden eben noch kein gegenwärtiges Vermögen. Zum Vermögen gehören in der Regel nur diejenigen Werte, die der Inhaber tatsächlich im Besitze hat oder auf die er auf Grund eines Rechtsverhältnisses Anspruch erheben kann. Die Gewissheit zukünftiger Einnahmen kann für die Leistungsfähigkeit des Erwerbers ein Anzeichen bilden, ändert aber nichts an der Tatsache, dass sich die erhofften Beträge augenblicklich eben noch nicht in seinem Vermögen befinden.

Sämtliche Lösungsversuche der fraglichen Streitfrage bewegen sich m. E. auf falscher Bahn. Wie betont kann der zukünftige Ertrag logischerweise nicht als bereits erworbenes Vermögen angesehen werden. Was in den hier in Betracht kommenden Fällen der unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung etc. seitens des Zuwendenden aufgegeben wird, das ist nicht der zukünftige Ertrag, sondern die Ausnutzung eines gefestigten Verhältnisses, die Nutzungsbefugnis eines Vermögensstückes, das zukünftige Einnahmen abzuwerfen in der Lage ist. Dieses Nutzungsrecht bildet einen Vermögensfaktor. Die Ueberlassung eines ausnutzungsfähigen Vermögensstücks wirkt daher infolge des Verlustes einer Nutzungsbefugnis des Eigentümers vermögensmindernd und vermag deshalb Gegenstand einer Schenkung zu sein.

Der Umstand, dass der Besitz an dem betreffenden Vermögensstück nur **zeitweilig** eingeräumt wird, beeinträchtigt die vermögensmindernde Natur einer solchen Besitzüberlassung nicht[2]).

---

[1]) Auch hinsichtlich der unentgeltlich geleisteten Dienste und Arbeiten, aus denen man sonst eine „ständige Einnahmequelle" zieht, vertritt Dernburg diese Ansicht.

[2]) Vgl. auch von Tuhr § 75 Anm. 17, der bei der unentgeltlichen Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache die Zuwendung aus dem Vermögen in der Ueberlassung der Sache erblickt; er setzt sich damit aber zu seiner eigenen Behauptung (vgl. § 71,3) in Widerspruch, daß mit der Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache keine Aufgabe eines Ver-

Wenn demgegenüber der Eintritt einer Vermögensminderung um deswillen verneint wird, weil dem Eigentümer das stärkste Recht an der Sache, das Eigentum zurückbleibe, der Schenker sich aber jeden Rechts auf die Sache entäussern müsse[1]), so wird damit ohne stichhaltigen Beweis eine Behauptung aufgestellt, die im Wortlaute des Gesetzes keine Stütze findet. Das Gesetz verlangt lediglich eine den Empfänger bereichernde Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers. Es ist nicht ersichtlich, warum nicht mit der auch nur zeitweiligen Ueberlassung eines nutzbringenden Gegenstandes und des damit verbundenen Verlustes der Nutzungsmöglichkeit eine Schwächung des Vermögens verbunden sein sollte. Auch ist es nicht angängig, in der Weggabe der Sache ein Vermögensopfer im Sinne einer Zuwendung aus dem Vermögen deshalb zu verneinen, weil man zum mindesten in Gestalt eines Rückforderungsrechtes ein „entsprechendes Wertquantum" trotz der Weggabe der Sache im Vermögen behält. Dies mag bei gewöhnlichen Sachen zutreffen, aber gegenüber der Aufgabe einer mit der Besitzüberlassung verbundenen Nutzungsbefugnis bildet der blosse Anspruch auf die Rückgabe der Sache kein Aequivalent[2]).

Man könnte einwenden, dass es sich bei der Nutzungsbefugnis, in deren Aufgabe hier die vermögensmindernde Bedeutung der Gebrauchsüberlassung erblickt wird, nicht um ein Recht im juristischen Sinne handle[3]). Das trifft augenscheinlich zu, berechtigt aber nicht zu einer Verneinung der Vermögensverminderung. Die mit der Besitzüberlassung verbundene Einräumung einer Nutzungsberechtigung scheint für den Dritten allerdings erst mit ihrer Be-

---

mögensaktivums verbunden sei. Auch Plank gibt zu (§ 516,2), dass in der Ueberlassung des Besitzes eine den Empfänger aus dem Vermögen des Gebers bereichernde Zuwendung bestehen kann, obwohl er obige Fälle nicht als Schenkung anspricht.

[1]) Richrath S. 56.

[2]) Vgl. auch Oertmann, Vorbem. vor § 516 ff., 1, b und entgeltliche Geschäfte S. 65.

[3]) Stolte S. 23 spricht hier ohne Weiteres von der Aufopferung bezw. Schmälerung eines bereits bestehenden Rechts, dessen Erträgnis erst in der Zukunft liege (!?): er scheint sich aber der Schwierigkeit einer Feststellung der rechtlichen Natur dieses Rechts nicht bewusst zu sein. Auch Oertmann § 517,3, der ebenfalls in der zeitweiligen Entziehung der Nutzung eines schon gegenwärtig vorhandenen Vermögensstücks die Vermögensverminderung erblickt, verzichtet auf eine rechtliche Qualifizierung dieser „Nutzung" (!).

gründung zu erstehen und zuvor noch nicht als juristisches Recht dem Vermögen des Zuwendenden anzugehören. Demgegenüber muss aber entgegen der h. L. betont werden, dass im Eigentum einer nutzungsfähigen Sache eine Fülle von molekülähnlichen Teilrechten schlummert, die nach aussen erst in die Erscheinung treten, wenn sie Dritten eingeräumt werden. Solange sich die Sache noch im Besitze ihres Eigentümers befindet, sind diese Molekülrechte nur latent vorhanden. Sie scheiden teilweise bei der Gebrauchsüberlassung in ihrer Eigenschaft als Rechtsbefugnisse aus dem Vermögen des Zuwendenden aus und erfüllen damit das angezweifelte Schenkungserfordernis der Vermögensverminderung.

Bei einer fruchttragenden Sache bildet somit nicht die Uebertragung des Eigentums an den zukünftigen Nutzungen der Sache den Gegenstand der Zuwendung[1]), sondern die mit der Besitzüberlassung verbundene, im materiellen Erfolge der Bestellung eines Niessbrauchs gleichkommende Einräumung der Aneignungsbefugnis im Sinne der Gestattung des § 956 BGB. Aehnliche Gedankengänge mögen vielleicht Dernburg zu dem Begriffe des „konsolidierten Vermögens“ geführt haben[2]).

Die Einräumung einer Nutzungsbefugnis wirkt aber natürlich nur dann vermögensmindernd, wenn es sich um die Hingabe eines Vermögensstückes handelt, das dem Zuwendenden **naturgemäss** auch Einkünfte bringen würde[3]). Mit Recht hebt daher das Reichsgericht[4]) im Einklang mit der h. L. hervor, dass dann, wenn der Eigentümer ein Mietgrundstück, dessen entgeltliche Verwertung ihm gegenwärtig nicht gelingt, unterdessen einem andern unentgeltlich überlässt, eine Vermögensverminderung des Eigentümers nicht eingetreten sei, da er durch die Gestattung zum Bezuge der Wohnung nicht weniger als vordem habe.

---

[1]) So z. B. Savigny Bd. IV, S. 36 u. a. m., der im übrigen der Hingabe eines zinslosen Darlehens zu Unrecht eine andere Beurteilung zuteil werden lässt (S. 37 ff).

[2]) Nach Simon S. 31 ff. bewirkt die in der Form der Verpflichtung zur Belassung der Sache während der „vereinbarten Gebrauchszeit zum Ausdruck kommende rechtliche Bindung des Eigentümers“ „aus dem rein **faktischen** Hingeben eines wirtschaftlichen Wertes die Aufopferung eines **Vermögensrechts**“. Er steht damit der hier vertretenen Ansicht sehr nahe, ohne jedoch die latente Rechtsbefugnis genügend zu erkennen.

[3]) Von Tuhr § 75 S. 156 stellt auf § 252 BGB. ab.

[4]) Sächs. Archiv Bd. X S. 244 ff; ebenso Staudinger § 516, I, 3, b; Goldmann-Lilienthal § 348 Anm. 2.

Im übrigen legen auch schon die Quellen des röm. Rechts[1]) derartigen Fällen Schenkungscharakter bei. Dieselbe Auffassung war auch im ALR. und im gemeinen Recht vorherrschend[2]).

2. Verzicht auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht zum Vorteil eines andern.

Was hierunter zu verstehen ist, ist bestritten. Der Anfall eines Rechts bedeutet die selbständige Anwachsung. Als noch nicht endgültig erworben gilt ein Recht solange, als es dem Inhaber noch nicht die unumschränkte volle Verfügungsgewalt gewährt.

Von Tuhr[3]) erachtet alle solche Rechte als im Sinne des § 517 BGB. noch nicht endgültig erworben, „deren Erwerb durch eine einseitige Erklärung des Erwerbers mit rückwirkender Kraft aufgehoben werden kann, sodass es noch von seinem Entschluss abhängt, ob er das Rocht endgültig haben will oder nicht". Hierher rechnet er z. B. die Forderung aus dem Vertrage zu Gunsten Dritter, welche vom Dritten nach § 333 BGB. zurückgewiesen werden kann, Rechte aus Rechtsgeschäften, die einer Genehmigung oder einer Anfechtung wegen Willensmängel unterliegen. Diese Auffassung geht m. E. zu weit. Denn es fallen darunter — abgesehen vielleicht von den schwebend unwirksamen Verträgen — bereits vollgültig erworbene Rechte. Die dem Rechtsinhaber eingeräumte Möglichkeit, den Rechtserwerb mit rückwirkender Kraft zu zerstören, stellt sich als eine zu dem Vollrecht hinzutretende selbständige Rechtsbefugnis dar. Hätte der Gesetzgeber die Auffassung von Tuhr's geteilt, so wäre die Aufnahme der Vorschrift über die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses überflüssig gewesen. Denn beide Rechte fallen ebenfalls unter die fragliche Definition. Im übrigen lassen die Gesetzesmaterialien nichts erkennen, was auf die Richtigkeit dieser immerhin nicht ganz selbstverständlich erscheinenden Auslegung des gesetzlichen Ausdrucks

[1]) l. 65 § 7 D. de cond. ind. 12, 6: non quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses; l. 9 pr. D. de don. 39, 5: in aedibus alienis habitare gratis donatio videtur.

[2]) Dernburg S. 142 Anm. 8; Lehrbuch des preuss. Privatrechts Bd. II (5. Aufl.) § 164, 4; Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht (7. Aufl.) Bd. II S. 7; Savigny S. 27 und S. 32 ff.

[3]) § 75 S. 159; ebenso Wogt S. 22, der auch das bedingte Recht hierher zählt, obwohl es sich mit seiner Definition nicht verträgt.

Schlüsse zu ziehen berechtigen könnte. Vor allem ist aber die Erwägung entscheidend, dass die Möglichkeit einer Ablehnung dem Rechte nach der Anschauung des Lebens nicht die volle Vermögenszugehörigkeit nimmt und deshalb ein Anlass zu einer Ausscheidung aus dem Tatbestande der Schenkung nicht vorliegt. Auch das Eigentum kann ja jederzeit — allerdings nicht mit rückwirkender Kraft — durch Dereliktion aufgehoben werden.

Wenn die Vorschrift im Verhältnis zu den Fällen der Unterlassung eines Vermögenserwerbes, sowie der Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses selbständige Bedeutung haben soll, so kann darunter eigentlich nur der Verzicht auf Anwartschaften verstanden werden[1]). Es bedarf kaum einer Erwähnung, dass hierunter keineswegs die von Enneccerus[2]) erwähnten blossen Hoffnungen und Aussichten auf Einnahmen, die sich noch nicht einmal zu Anwartschaftsrechten verdichtet haben, zu rechnen sind. Denn sie gehören überhaupt nicht zum Vermögen.

Ein Verzicht ist andererseits nur bei bestimmten Rechten möglich, nämlich bei solchen, die eine „einseitige Verfügungsmacht verleihen“[3]), sowie bei dinglichen Rechten. Nicht dagegen bei Forderungsrechten. Daher ist die in der Literatur äusserst bestrittene Frage, ob auch die bedingten Rechte unter § 517 BGB. zu rechnen sind, zu verneinen. Denn die Aufhebung einer Forderung — und damit auch einer bedingten Forderung — erfolgt nur durch Erlass, d. h. durch Vertrag mit dem Schuldner[4]).

Aber selbst wenn man dem Ausdruck „Verzicht“ nicht den streng technischen Sinn unterschiebt, wäre keine andere Entscheidung geboten. Mit Rücksicht darauf, dass bezüglich ihres Erwerbs noch Ungewissheit besteht, insofern der Eintritt oder der Ausfall des zukünftigen ungewissen Ereignisses die letzte Entscheidung über ihren Bestand trifft, und sie deshalb noch keine endgültig erworbenen Rechte, sondern lediglich Anwartschaften, blosse Embryonalrechte

[1]) So mit Recht KRGR. § 517,2. Dass auch in dieser Bestimmung eine Bestätigung des in der Legaldefinition ausgesprochenen Grundsatzes, dass die Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers herstammen muss, zu finden sei (so Staudinger § 517, 1, a), kann nicht zugegeben werden, da auch Anwartschaftsrechte Vermögensbestandteile bilden.

[2]) Bd. I § 75.

[3]) Endemann § 149 Anm. 3.

[4]) Ebenso anscheinend Endemann § 163 Anm. 19; vgl. auch v. Tuhr a. a. O.

darstellen, wird der zum Vorteil eines andern auf sie erklärte „Verzicht“ von der h. L. dem § 517 BGB. unterworfen und deshalb nicht als Schenkung behandelt[1]). Diese Auffassung gibt zu ernsten Bedenken Veranlassung. Denn die bedingten Rechte erfahren in mehrfacher Beziehung die Behandlung eines Vollrechts. Sie begründen von vornherein Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien, geniessen gemäss § 160 BGB. einen besonderen Rechtsschutz gegen Beeinträchtigungen, gestatten durch ihre Uebertragbarkeit eine wirtschaftliche Verwertung[2]) und sind vererblich. In ihrer Eigenschaft als bereits erworbene Vermögensbestandteile gewährt daher die Konkursordnung auch ihre Anmeldung. Im Konkurs ihres Inhabers gehören sie zur Konkursmasse[3]). Sie gewähren somit ihrem Inhaber eine volle Verfügungsgewalt, eine Summe gesetzlich gesicherter Befugnisse, die als endgültig erworben betrachtet werden müssen und deren verzichtweise Entäusserung eine Schenkung ist.

Dagegen wird der Verzicht auf ein **betagtes** Recht allgemein dem Geltungsbereiche des § 517 BGB. entzogen[4]). Ein befristetes Forderungsrecht ist ein bereits bestehendes Forderungsrecht. Dies folgt besonders deutlich aus der Tatsache, dass es gemäss § 271 Abs. 2 BGB. mit sofortiger Wirkung gezahlt werden kann.

Auch der Erlass künftig fällig werdender Zinsen (z. B. Miets- und Darlehenszinsen) bedeutet weder einen unterlassenen Vermögenserwerb, noch den Verzicht auf ein angefallenes, jedoch noch nicht endgültig erworbenes Recht. Er stellt sich als Zuwendung aus dem Vermögen dar. Denn es handelt sich hierbei nicht etwa um eine blosse Anwartschaft, sondern um ein bereits entstandenes geldwertes Recht auf Zahlung der Zinsen als das für die Darlehensüberlassung versprochene Entgelt, dessen Erlass den Bedachten von einer bestehenden, allerdings noch nicht fälligen Verbindlichkeit befreit[5]).

---

[1]) Plank § 517; Staudinger § 517, 2, b; Oertmann § 517, 1, a; KRGR. a. a. O.; v. Gierke § 191 Anm. 31; Crome § 230 Anm. 20; Goldmann-Lilienthal § 148 S. 529.

[2]) Die Abtretung eines bedingten Rechts stellt sich übrigens ohne Zweifel als Schenkung dar.

[3]) RG. Bd. 52 S. 51.

[4]) KRGR. § 517,2; Enneccerus Bd. 1 § 186, II (der übrigens bei andern befristeten Rechten als Forderungsrechten eine blosse Erwerbsberechtigung annimmt); Dernburg Bd. 1 S. 518 Ziff. 2; Crome § 230 Anm. 20.

[5]) Ebenso Motive S. 290 in Mugdan S. 161; Staudinger § 517, 2, b; KRGR. § 517,2; Oertmann § 517, 2; Plank § 517; Endemann § 164

Ob der Verzicht auf ein Vorkaufsrecht unter § 517 BGB. fällt, ist ebenfalls nicht unbestritten. Das Vorkaufsrecht ist aber ein bereits erworbenes Vermögensrecht[1]). Nicht sein Bestand, sondern nur seine Ausübung hängt von dem Abschluss eines Kaufvertrages ab. Wohl aber kann in der mit dem Verlust einer günstigen Erwerbsmöglichkeit verbundenen, zu Gunsten eines Käufers vorgenommenen Nichtausübung des Vorkaufsrechts eine unter § 517 BGB. fallende Zuwendung liegen[2]). Desgleichen ist in dem Verzicht auf das Recht zum Erwerb des Eigentums an der gefundenen Sache (§ 976 BGB.) ein Verzicht im Sinne des § 517 BGB. enthalten[3]). Dagegen können die von Stolte[4]) beispielshalber angeführten Fälle der §§ 45 und 88 BGB. nicht unter § 517 BGB. subsumiert werden. Denn mit der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit bezw. mit dem Erlöschen der Stiftung fällt deren Vermögen kraft Gesetzes als endgültig erworben den in der Verfassung bestimmten Personen zu.

3. Ausschlagung von Erbschaft und Vermächtnis.

Diese letzte Alternative des § 517 BGB. enthält anscheinend eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze des § 516 BGB. Denn da die Erbschaft bezw. das Vermächtnis mit dem Erbfall ipso jure in den Vermögensbereich des Schenkers übergeht (vgl. §§ 1942 Abs. 1, 2176 BGB.), so ist mit der Ausschlagung die Aufgabe eines bereits zum Vermögen gehörenden Bestandteils verbunden. Der Grund, warum der Gesetzgeber in der Ausschlagung dieser formell bereits zum Vermögen des Ausschlagenden gehörenden Rechte keine Schenkung erblickt, wird allgemein darin gefunden, dass im Falle der Ausschlagung der Anfall dieser Rechte an den Ausschlagenden kraft gesetzlicher Fiktion als niemals geschehen betrachtet wird und die Erbschaft bezw. das Vermächtnis dem nächsten Erben als ursprünglich schon angefallen zuerkannt

---

Anm. 19; Burkhardt S. 33 ff.; aber a. A. Horn S. 68 ff., Ortloff im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 21 S. 291, sowie röm. Recht l. 23 pr. D. 39,5 und mit ihm Savigny S. 37 ff.

[1]) v. Tuhr § 75 Anm. 31; a. A. Oertmann § 517, 1, a; Vogt S. 23; Cohn S. 54.

[2]) So mit Recht v. Tuhr a. a. O.

[3]) Windscheid-Kipp § 365 S. 513.

[4]) S. 10.

wird (vgl. §§ 1953 Abs. 1, 2180 Abs. 3 BGB.). Denn dadurch, dass der Erwerb mit rückwirkender Kraft wieder aufgehoben wird, wäre eine Vermögensverminderung nicht eingetreten[1]). M. E. sind folgende Merkmale als entscheidend anzusehen. Die Annahme der Erbschaft auch durch Nichtausschlagung innerhalb der gesetzlichen Frist ist infolge der Schuldenhaftung von schwerwiegenden Folgen begleitet und enthält daher eine eventuell opferbedingende Entschliessung. Deshalb wird auch die Versäumnis der Ausschlagungsfrist als Rechtsgeschäft behandelt. Es ist also noch ein geheimer Willensentschluss erforderlich, um die formell allerdings angefallene Erbschaft endgültig dem Vermögen einzuverleiben.

Wohl aber kann der Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch nach der h. L. die Grundlage einer Schenkung bilden[2]). Die entgegengesetzte Auffassung Oertmann's u. a.[3]) ist nicht zu billigen. Gegenüber dem klaren Wortlaute des § 2317 BGB. lässt sich eine Auslegung, wonach der Pflichtteilsanspruch mit dem Erbfall als ein durch den Verzicht des Berechtigten auflösend bedingter zur Entstehung gelangt[4]), nicht halten. Der Anspruch, der keine Schuldenhaftung mit sich bringt, bereichert mit dem Erbfall als vererbliches und veräusserliches Recht bedingungsfrei das Vermögen des Berechtigten und kann auch im Falle eines nachträglichen Verzichtes nicht etwa mehr hinwegfingiert werden. Eine Ausschlagung mit rückwirkender Kraft ist hier nicht möglich. Auch aus den §§ 1643 Abs. 2, 1822 Nr. 2 BGB.[5]) lässt sich nichts Gegenteiliges entnehmen. Diese Paragraphen bilden eben gerade eine Ausnahmevorschrift von der generellen Bestimmung der §§ 1641 und 1804 BGB., dass Vater und Vormund nicht in Vertretung des Kindes schenken können, für diejenige Schenkung, die sich in der Form des Verzichts auf den Pflichtteil vollzieht.

---

[1]) Auf Grund arg. a. maiore ad minus folgt, dass die Ausschlagung der Nacherbschaft (§ 2142 BGB.) ebenfalls keine Schenkung darstellt.

[2]) Motive Bd. II S. 290 in Mugdan S. 161; Plank § 517, 2; Staudinger § 517, 2, a; Oertmann § 517, 1, b; RG. Bd. 77 S. 238; Goldmann-Lilienthal § 148 Anm. 4.

[3]) J. J. Bd. 65 S. 99 ff.; KRGR. § 517, 3; v. Tuhr § 75 S. 160; Endemann § 164 Anm. 19.

[4]) So KRGR. a. a. O.; von Tuhr a. a. O. Anm. 47.

[5]) Vgl. von Tuhr a. a. O. Anm. 48; KRGR a. a. O.

§ 8. Die Bereicherung.

Das Gesetz erfordert für den Tatbestand der Schenkung des weiteren, dass die auf Seiten des Zuwendenden eintretende Vermögensverminderung gleichzeitig eine Bereicherung des Empfängers hervorrufen muss. Dem pauperior fieri muss ein locupletior fieri auf der Gegenseite entsprechen, um die „Vermögensverschiebung" zu bewerkstelligen.

Die Definierung des Bereicherungsbegriffs gewinnt man am besten unter Berücksichtigung der §§ 812 ff. BGB., in denen dieser Begriff die bedeutendste Rolle spielt. Wenn demgegenüber die Auffassung vertreten wird[1]), dass der bei der Schenkung angewandte Begriff der Bereicherung mit der als Ueberschrift des Titels 24 des zweiten Buchs des bürgerlichen Gesetzbuchs gebrauchten Bezeichnung nicht identisch sei, und Stolte[2]) in jenem Titel nicht „eine gesetzliche Definition des Inhalts der Bereicherung als solche", sondern nur die Wiedergabe der „herkömmlichen, auch sonst durchaus nicht genauen Verdeutschung der römischen Kondiktionen" zu finden glaubt, so ist demgegenüber zu betonen, dass gerade die der Kondiktion unterworfenen in den §§ 812 ff. BGB. bezeichneten Leistungen als Gegenstand der typischen Bereicherung zu betrachten sind und im Hinblick auf die Sorgfalt, mit welcher der Gesetzgeber jedes einzelne Wort eingehend auf seinen Inhalt hin abwägt, kein Grund ersichtlich ist, warum nicht der in den §§ 812 ff. BGB. gewählte Ausdruck Bereicherung im technischen Sinne zu verstehen sein sollte. Da aber ferner die moderne Gesetzestechnik in der Regel denselben Rechtsbegriff mit demselben Rechtsinhalt — auch bei seiner Verwendung in verschiedenen im Rahmen des gleichen Gesetzes behandelten Rechtsmaterien zu erfüllen pflegt, kann aus den Bestimmungen der §§ 812 ff. BGB. auch der für den Tatbestand des § 516 BGB. massgebende Bereicherungsbegriff festgestellt werden[3]). Allerdings braucht die ungerechtfertigte Bereicherung im Gegensatz zum Tatbestand des § 516 BGB. nicht immer unbedingt eine gleichzeitige Vermögenseinbusse des Benachteiligten zur Folge zu haben, sie braucht nicht aus dessen Vermögen zu er-

1) z. B. Wogt S. 39, Richrath S. 55.
2) S. 30 ff.
3) Vgl. auch Cohn S. 56; Merzbach S. 29.

folgen, es genügt, dass sie nur auf dessen Kosten eintritt. Dieser Unterschied berührt aber den Begriff der Bereicherung als solchen nicht und beruht lediglich auf dem einschränkenden Wortlaut des § 516 BGB. Der Bereicherungsbegriff als solcher ist bei beiden Materien derselbe.

Darnach ist aber hier wie dort der Begriff als ein rein juristischer gebraucht. Er bedeutet die Erlangung von „etwas", d. h. die Erlangung eines geldwerten Vermögensvorteils, die Verschaffung einer günstigeren Vermögensposition. Die Bereicherung ist annähernd das Gegenteil des für den Schenkungsbegriff wesentlichen Merkmals der „Zuwendung aus dem Vermögen". Während sich letztere als Vermögensverminderung, als Verlust eines Vermögenswertes darstellt, bezeichnet die Bereicherung die Erlangung eines Vermögensvorteils[1]). Beide korrespondierenden Begriffe wurzeln letzten Endes in dem generellen Vermögensbegriffe. Eine Bereicherung liegt nicht nur in der Erhöhung, einer Vermehrung der Summe der geldwerten Rechte einer Person, sie liegt auch in der Erhöhung des Wertes eines zum Vermögen des Begünstigten gehörenden Rechts. Da die Auslegung des Bereicherungsbegriffes also nicht nach den Anschauungen des täglichen Lebens, sondern — wie bereits hinsichtlich des Vermögensbegriffs dargelegt wurde — nach rein juristischen, auf die Rechtssphäre beschränkten Gesichtspunkten zu erfolgen hat, so schaltet selbstverständlich auch die Zuwendung von Vorteilen rein ideeller, immaterieller Natur, die keinen Vermögenswert darstellen, wie aus dem Vermögensbereiche, so auch aus dem Gebiete der Bereicherung in der Regel aus[2]). Denn unter Bereicherung im Sinn der §§ 812 ff. BGB. — und damit auch im Sinn des § 516 BGB. — versteht eben die h. L. „einen die **Vermögens**lage des Begünstigten verbessernden Akt"[3]). Eine künstlerische oder wissenschaftliche Unterweisung verschafft als solche keine Vermögensverbesserung, keine Besserung der „rechtlichen Lage"[4]).

[1]) Enneccerus Bd. I, 2, § 441, 1; KRGR. § 812, 1.

[2]) Vgl. oben S. 18 ff., sowie die dort eingehend gewürdigte ablehnende Stellungnahme der Protokolle zu der dem Bereicherungsbegriff eine umfassende Auslegung erteilenden Ansicht von Reatz; v. Gierke § 191 Anm. 4; vgl. auch Plank § 516, 2; Crome § 230, 2, a, ß (z. B. Adelsverleihung); Endemann § 164 Anm. 18.

[3]) Oertmann § 516, 1, a.

[4]) Oertmann a. a. O.; auch Bekker Bd. II S. 179.

Wenn derartige Leistungen aber auch nicht unmittelbar eine Bereicherung des Bedachten zur Folge haben, so können sie dennoch andererseits auf indirektem Wege eine bereichernde Wirkung auslösen. Denn es ist anerkannten Rechts, dass sich der Begriff der Bereicherung nicht nur in der Erhöhung des Vermögens — sei es durch den Erwerb eines Vermögensrechts oder durch dessen Wertserhöhung, sei es durch die Befreiung von einer Verbindlichkeit — erschöpft, sondern dass er auch dadurch erfüllt werden kann, dass der Bedachte von solchen Auslagen, die er ohne die Zuwendung gemacht hätte, befreit wird[1]). Denn die Ersparung derartiger Auslagen verhütet eine unmittelbar bevorstehende Vermögenseinbusse des Bedachten; sie stärkt dessen wirtschaftliche Macht. Zwar erfährt das Vermögen keinen positiven Zuwachs, aber wirtschaftlich bedeutet die Verhütung eines das Vermögen mit Bestimmtheit bedrohenden Verlustes die Befreiung von diesem Passivum und darum die Zuführung eines bereichernden Vermögensteils[2]).

Daher enthält z. B. die Einladung zu einem Abendessen dann eine Bereicherung, wenn ohne sie der Gast sich zur selbständigen Bezahlung eines Essens genötigt gesehen hätte, während sich dagegen die Einladung zu einem Sektgelage weder als eine Besserung des Vermögensstandes, noch als eine Ersparung notwendiger Auslagen darstellt und damit dem Bereiche der Schenkung entfallen würde.

Wenn hier von notwendigen Ausgaben gesprochen wird, deren Ersparung die Grundlage einer Bereicherung zu bilden vermag, so sind darunter alle diejenigen Aufwendungen zu verstehen, die der Begünstigte ohne das Eingreifen des Dritten sicherlich aus dem eigenen Vermögen gemacht hätte. Bei den ersparten Aufwendungen braucht es sich also nicht um notwendige im juristisch-technischen Sinne (vgl. z. B. § 994 BGB.) zu handeln[3]).

---

[1]) Enneccerus § 441, I, 4; Oertmann § 516, 1, a; Schollmeyer S. 47; v. Tuhr § 75,3; Windscheid § 365 S. 510; Bekker S. 154; vgl. auch l. 47 § 1 D. 46,3: hoc ipso, quo non est pauperior factus, locupletior est.

[2]) A. A. Ungnad (S. 8), der dem Ausdruck „Nichtverminderung des Vermögens" eine mehrfache Auslegung zollt und nur dann den Tatbestand der Bereicherung anerkennt, wenn die Nichtverminderung in der Beseitigung einer eingetretenen Minderung besteht, während er die Hinderung einer bevorstehenden oder möglichen Minderung nicht als Bereicherung anspricht.

[3]) A. A. anscheinend Horn S. 48. Auch die Beschränkung Stoltes (S. 42) auf die notwendigen und nützlichen Ausgaben kann in dieser Form nicht für richtig anerkannt werden.

Auf demselben Grunde beruht die Möglichkeit, bei den Tatbeständen der unentgeltlich bewirkten Dienstleistungen, der Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache und der Darlehensgewährung eine Bereicherung des Empfängers anzunehmen. Bleibt dem Begünstigten dadurch eine notwendige Ausgabe erspart, so liegt eine Bereicherung vor[1]).

Eine Bereicherung des Schuldners wird natürlich auch durch die Befreiung einer Verbindlichkeit hervorgerufen, sei es dass sie im Wege des Verzichts oder des Erlasses erfolgt. In diesen Fällen ist jedoch eine andere Entscheidung dann geboten, wenn der erlassenen Forderung eine rechtsvernichtende Einrede entgegenstand. Hier ist das Vorliegen einer Bereicherung zu verneinen. Denn steht der Geltendmachung der Forderung eine peremptorische Einrede entgegen, so besteht die Forderung materiell nur nominell. Ihre Durchsetzung wird zwar erst bei Geltendmachung der Einrede seitens des Schuldners unmöglich. Da sie aber regelmässig erhoben zu werden pflegt, so ist die Forderung praktisch wertlos, sie ist ein „schattenhaftes Wesen“[2]) und bildet keinen Vermögensbestandteil des Gläubigers. Das Vermögen des Schuldners erfährt durch ihren Erlass keine Bereicherung, weil dieser „nur den Rechtszustand formell bekräftigt, welcher schon vorher vorhanden war“[3]). Mit Recht verweist Stolte auch auf die Bestimmungen der §§ 886, 1169 und 1254 BGB., die dem Schuldner die Befugnis einräumen, die Beendigung und Aufhebung dieser Scheinrechte zu verlangen.

Dagegen ist eine bereichernde Wirkung des Forderungserlasses anzuerkennen, wenn lediglich eine dilatorische Einrede in Frage steht. Trotz der entgegenstehenden Einrede ist hier das Forderungsrecht des Gläubigers noch stark, seine Ausübung ist nur vorübergehend gehemmt. Der Bestand selbst ist gewiss. Daher gibt der Gläubiger mit dem Erlass einer derartigen Forderung einen Vermögenswert auf, während sich andererseits die Vermögenslage des Schuldners dadurch günstiger gestaltet.

Nach ähnlichen Gesichtspunkten ist die in diesem Zusammenhang auftauchende Frage zu beantworten, ob mit dem Verzicht des

---

[1]) Vgl. auch v. Tuhr a. a. O.

[2]) Stolte S. 38.

[3]) Savigny S. 56, S. 127; bezgl. des Erlasses der natürlichen Verbindlichkeiten vgl. aber S. 61 Anm. 1.

Schuldners auf eine ihm zustehende Einrede eine Bereicherung des Gläubigers verbunden ist oder nicht. Die Frage ist bezüglich der rechtsvernichtenden Einrede zu bejahen. Der Gläubiger erhält zwar durch den Verzicht kein neues Recht, auch wird er nicht etwa von einer bestehenden Verbindlichkeit befreit. Durch den Verzicht wird aber ein der Durchführbarkeit seines Anspruchs entgegenstehendes Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners beseitigt. Dadurch erfährt die Vermögenslage des Gläubigers eine fühlbare Besserung; denn erst jetzt — nach Wegfall des gegnerischen Leistungsverweigerungsrechts — wird sein bisheriges Scheinrecht voll verwertbar, während sich die Vermögensverhältnisse des Schuldners durch die Aufgabe seines Einrederechtes in offensichtlicher Weise vermindern. Die Annahme einer Schenkung scheint jedoch bedenklich, wenn dem Anspruch eine bloss rechtshemmende Einrede entgegenstand. Mag sich auch hier vielleicht der Wert des mit der Einrede behafteten Anspruchs durch den Verzicht etwas erhöhen, so opfert der Schuldner doch eine nur vorübergehende Leistungsverweigerungsbefugnis nach deren bestimmt eintretenden Verlust er sowieso zur Leistung verbunden gewesen wäre. In ihrem Verzicht kann daher schwerlich eine Vermögensverminderung im Sinne des § 516 BGB. gefunden werden[1]).

Die bereichernde Zuwendung muss Bestandteil des Vermögens des Begünstigten und diesem Vermögen endgültig einverleibt werden. „Die Bereicherung besteht darin, dass das Vermögen des Beschenkten dem letzten Erfolge nach in seinem Totalwerte vermehrt werde“[2]). Daraus folgt, dass eine blosse **formale** Bereicherung, die keine materielle Vermögensvermehrung des Beschenkten zur Folge hat, den Tatbestand der Schenkung ausschliesst. Eine solche bloss formale Bereicherung liegt bei der Uebertragung fiduziarischen Eigentums vor, d. h. dann, wenn die Zuwendung an einen Treuhänder geschieht, der sie in vollem Umfange an einen Dritten herauszugeben oder zu ganz bestimmten Zwecken zu verwenden verpflichtet ist, ohne dass für ihn nach Vollziehung der Auflage noch ein vermögensrechtlicher Vorteil zurückbleibt. Die fiduziarische und damit nur formale Erlangung des Eigentums schliesst eine Bereicherung aus, da eine Verfügung über das erworbene Recht nicht

[1]) A. A. Stolte S. 37, Wogt S. 42.
[2]) Savigny S. 52.

zum eigenen Nutzen getroffen werden darf, sondern dieses nur im Durchgangsstadium dem Empfänger, dessen Vermögensverhältnisse dadurch nicht im geringsten eine Besserung erfahren, anvertraut wird[1]).

Der Umstand, dass in denjenigen Fällen, in welchen der Empfänger infolge der mit der Zuwendung verbundenen Zweckbestimmung eine eigene wirkliche Bereicherung nicht erfährt, der Tatbestand der Schenkung entfällt, berechtigt aber andererseits nicht zur Annahme, in der unentgeltlichen Zuwendung an eine bestimmte Zwecke verfolgende juristische Person das Vorliegen einer Bereicherung um deswillen zu verneinen, weil das zu vollem Eigentum Erlangte auf Grund der Satzung der jurischen Person nicht dieser selbst verbleibt, sondern zweckgebunden verwendet werden muss. Denn die juristische Person besteht um dieses selbst gesetzten Zweckes willen, in dessen Verwirklichung sich ihre Lebensaufgabe erschöpft. Mit Recht betont daher die Rechtsprechung des Reichsgerichts[2]), dass die einer juristischen Person zur Förderung ihrer Zwecke unentgeltlich gewährten Geldmittel eine materielle und endgültige Bereicherung zur Folge hätten, auch wenn dieser Vermögenszuwachs seiner satzungsgemässen Bestimmung zugeführt werden muss[3]).

Wie hier die Befriedigung selbstbestimmter Zwecke die Annahme einer Bereicherung begründen, so wird einer Gabe der Charakter der Schenkung auch dann nicht geraubt, wenn dem Empfänger zwar nach Ausführung des Verwendungsgebots keinerlei Bereicherung mehr übrig bleibt, die Verwendung jedoch seinen eigenen Wünschen und Interessen zu dienen bestimmt ist und dient. Insofern kann dem Urteil des Reichsgerichts[4]) nicht beigetreten werden. Hier wird die einem eingetragenen Feuerbestattungsverein gemachte mündliche Zusage, zum Bau eines Kolumbariums eine bestimmte

[1]) RG. Bd. 105 S. 308; Seuff. Arch. Bd. 72, S. 252; Oertmann § 516, 1, b; Plank § 516, 2; Recht 1922 Nr. 44.

[2]) RG. Bd. 70 S. 15, Bd. 71 S. 140.

[3]) Ebenso KRGR. § 516, 3; Plank § 516, 2; Oertmann § 516, 1, b; v. Gierke § 191 Anm. 4; Enneccerus § 348 Anm. 3; v. Tuhr Bd. I, 1, § 21 Anm. 1: Schenkung, da „der satzungsgemässe Zweck der juristischen Person den freigewählten Lebenszwecken des Individuums entspricht".

[4]) Bd. 62 S. 386 ff.

Summe zur Verfügung zu stellen, für rechtsverbindlich erklärt und damit das Vorliegen einer Schenkung verneint, weil dem Vereine nach Vollziehung der Auflage keine Bereicherung mehr verbleibe. Es ist nun allerdings richtig, dass eine Vermögensbereicherung bei einer Schenkung unter Auflage, deren Hauptzweck übrigens in der Zuwendung an den Bedachten besteht[1]), dann ausgeschlossen ist, wenn sich der Betrag der Auflage mit dem der Zuwendung deckt oder diesen sogar übersteigt[2]), sofern eben die Einschränkung der Auflage nach der Geschäftsintention lediglich im eigenen Interesse des Gebers oder eines Dritten geschieht. Insofern liegt — wie bereits oben erwähnt — eine bloss formale Bereicherung vor. Eine andere Entscheidung ist jedoch in allen denjenigen Fällen geboten, in welchen die Auflage im **eigenen Interesse des Empfängers** gemacht wurde und ihm durch die Zuwendung die Durchführung der von ihm verfolgten Zwecke ermöglicht werden soll. Derartigen Zuwendungen ist der Schenkungscharakter nicht abzusprechen. Der Umstand, dass die Zuwendung nur in einer bestimmten Richtung gebraucht werden soll und eine endgültige Bereicherung des Empfängers nicht belässt, schliesst die Annahme einer Schenkung mit Rücksicht auf die Tatsache, dass diese Verwendung der Willensrichtung des Empfängers entspricht, dass sie der Erfüllung seiner eigenen Wünsche dienen soll, nicht aus[3]). Der Bau des Kolumbariums gehörte aber in dem fraglichen Falle zur Interessenssphäre des Feuerbestattungsvereins. Er stand in engster Beziehung zu den von dem Verein verfolgten Zwecken. Die zu seiner Errichtung versprochene Geldsumme diente dazu, die eigenen Interessen des Empfängers zu fördern, sodass ihr der Schenkungscharakter nicht abgesprochen werden durfte.

Wie wir bereits das Merkmal des Vermögensrechts im Geldwert erblickten, so muss auch der eine Bereicherung des Bedachten bewirkende Gegenstand der Zuwendung einen Geldwert besitzen.

[1]) Enneccerus § 348 Anm. 3; a. A. anscheinend RG. Bd. 60 S. 238 ff., wonach sich die Erfüllung der Auflage auch als Hauptzweck darstellen könne, vgl. aber RG. Bd. 105 S. 308.

[2]) J. W. 1905 S. 286.

[3]) So mit Recht Haymann S. 121 ff. Vgl. übrigens auch RG. Bd. 71 S. 144, wo als Beispiel einer Schenkung der Fall erwähnt wird, dass der Betrag für die Unterstützung eines verarmten Angehörigen des Erwerbers bestimmt ist (!).

Wie die unentgeltliche Uebertragung wertloser Gegenstände keinen Vermögensverlust herbeiführt, so schliesst sie auch eine Bereicherung des Beschenkten aus, dessen Vermögen durch die Aufnahme derartiger Gegenstände keine Wertsteigerung erfährt. Dahin gehören auch solche Gegenstände, die lediglich einen relativen Wert besitzen, insofern sie zwar für den Geber einen Anschaffungswert besitzen, in den Händen des Empfängers dagegen regelmässig wertlos sind (wie z. B. Reklameartikel, Verkaufsanzeigen, Prospekte, Preisverzeichnis etc.)[1]).

Bei der Berechnung der Bereicherung sind objektive Grundsätze zu Grunde zu legen, denn die subjektive Auffassung der Parteien über das Vorliegen und die Höhe der vom Gesetze geforderten Bereicherung des Bedachten kann nicht massgebend sein. Lediglich für die Frage der Unentgeltlichkeit kommt der subjektive Standpunkt der Beteiligten in Frage[2]). Hat ein objektiv bereichernder Gegenstand nach der Auffassung einer oder beider Parteien keinen Gebrauchswert, so ist diese Ansicht rechtlich irrelevant, wie auch der dem Geber entstandene Aufwand bei der Feststellung der Bereicherung nicht unter allen Umständen zugrunde gelegt werden kann, da eben ein ausschliesslich objektiver Massstab für die Bemessung der Bereicherungshöhe anzuwenden ist. Daher sind auch solche Gegenstände, die aus besonderen persönlichen Gründen einen den objektiven Tauschwert in der Regel übersteigenden Liebhaberpreis beanspruchen, bei der Festsetzung der Höhe der Bereicherung mit demjenigen Betrage zu veranschlagen, der sich bei einer objektiven Beurteilung ergibt.

Was des weiteren die Frage anlangt, welcher Betrag für die Höhe der **Schenkung** massgebend ist, wenn das tatsächliche Vermögensopfer des Zuwendenden von dem die Gegenseite bereichernden Betrage verschieden ist, so kann nur die geringere Summe in Betracht kommen, „da nur in dieser das Geben und Nehmen zusammentrifft, welches zum Wesen jeder Schenkung nötig ist“[3]). Die Frage taucht besonders in den Fällen der unentgeltlichen Ueberlassung des Gebrauchs von Sachen, sowie der unentgeltlichen Ar-

[1]) Richrath S. 68.

[2]) RG. Bd. 94 S. 322.

[3]) v. Savigny S. 33; ebenso Oertmann § 517, 3. A. A. v. Tuhr § 75,3, der auf die Höhe der Bereicherung abstellt.

beitsleistungen auf. Bei beiden besteht der zugewandte Betrag regelmässig in der Vergütung, die man sonst zu erwarten pflegt[1]). Stellt sich aber der auf der Gegenseite durch diese Leistungen ersparte Auslagenbetrag als geringer dar, so ist nur letzterer der Berechnung der Höhe der Schenkung zugrunde zu legen.

In den Fällen einer solvendi causa erfolgenden Leistung ist eine Bereicherung in der Regel ausgeschlossen. Obwohl die in der Erfüllung einer rechtsverbindlichen Forderung liegende Zuwendung als solche bereichernd wirken kann, so verursacht sie gleichzeitig den Verlust der Forderung, derentwegen sie vorgenommen wurde und verschafft daher dem Empfänger nichts anderes, als was ihm schon vorher zustand. Eine andere Entscheidung ist aber dann geboten, wenn die durch die Erfüllung untergehende Forderung keinen Vermögenswert mehr darstellte[2]).

II. Der subjektive Bestandteil.

§ 9. Die Unentgeltlichkeit.

Neben den bisher erörterten, nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilenden Schenkungsvoraussetzungen erfordert der Begriff der Schenkung schliesslich noch ein subjektives Element: Die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung[3]). „In dieser den Rechtsgrund der Zuwendung bildenden Einigung liegt das kennzeichnende Merkmal jeder Schenkung“[4]). Sie bildet die kausale Seite des Schenkungsaktes und ist dessen wichtigstes Essentiale[5]). In der causa donationis liegt das den mannigfaltigen Schenkungsakten gemeinsame Merkmal, sie bildet den „typischen Verkehrszweck der Zuwendung“[6]). Wie der Kauf die Erlangung

[1]) Dernburg S. 143; v. Seeler S. 47.

[2]) Vgl. unten S. 90.

[3]) Dieses Merkmal verlangt das E. St. G. nicht mehr; nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 genügt „jede andere freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird“. Mangels der Möglichkeit einer Einigung über die Unentgeltlichkeit scheiden auch die Zuwendungen von Todes wegen aus dem Bereiche der Schenkung aus (Oertmann Vorbem. vor § 516 ff. 1, b, α); nur Zuwendungen unter Lebenden kommen für die Schenkung in Betracht.

[4]) Plank § 516, 1.

[5]) Die Unentgeltlichkeit der Zuwendung wurde von Burckhard (S. 111, 113) für das gemeine Recht als das Minimum aller Schenkungsvoraussetzungen bezeichnet.

[6]) Rümelin, Arch. Ziv. Bd. 97 S. 217.

eines Entgelts bezweckt, so erstrebt die Schenkungszuwendung die unentgeltliche Vermögensbereicherung des Empfängers bei eigenem Vermögensverlust.

Die Abgrenzung des unentgeltlichen Geschäfts gegenüber dem entgeltlichen vollzieht sich nicht immer einfach. Sie bereitet oft erhebliche Schwierigkeiten, die insbesondere aus dem Streit über die rechtliche Natur des Mitgiftversprechens ersichtlich sind.

Der Begriff der Unentgeltlichkeit ist ein rein negativer Begriff[1]). Er verlangt, dass der vermögensvermindernden Zuwendung keine Gegenleistung entgegensteht, dass es an einem „Entgelte" fehlt. Die Entgeltlichkeit ist stets ein durch den Parteiwillen geschaffener selbständiger Geschäftsinhalt[2]). Die Zuwendung ist dann entgeltlich, wenn sie als Gegenwert einer vom Leistungsempfänger zu bewirkenden (= credendi causa) oder bereits bewirkten Leistung (= solvendi causa) erfolgt[3]). Das Merkmal der Entgeltlichkeit ist deshalb nicht nur bei einer synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung (wie beim gegenseitigen Vertrage) gegeben; denn der Begriff der Entgeltlichkeit ist weiter als der Begriff der Gegenseitigkeit und mit jenem nicht zu verwechseln[4]). Jenes Merkmal liegt auch dann vor, wenn die Gegenleistung in konditionaler Weise mit der Leistung verknüpft ist, wenn es also im Belieben des Versprechensempfängers steht, den Eintritt der mit der Erlangung des Anspruchs auf die Leistung des Versprechenden verbundenen Bedingung herbeizuführen[5]). Immer aber muss die Gegenleistung von den Parteien als Aequivalent der Leistung betrachtet werden[6]).

[1]) Haymann S. 99.

[2]) RG. Bd. 62 S. 275: Die von den Beteiligten von ihrem subjektiven Standpunkte aus der Zuwendung beigelegte Bedeutung sei massgebend.

[3]) Vgl. auch Enneccerus § 343, 3 Anm. 6; Haymann S. 93.

[4]) Alle gegenseitigen Schuldverhältnisse sind entgeltlich, aber nicht umgekehrt (z. B. verzinsliches Darlehen); vgl. auch Oertmann, Entgeltliche Geschäfte S. 6, 102; v. Seeler S. 50.

[5]) s. g. conditionis implendae causa dare z. B. Mäklervertrag, Auslobung; vgl. auch Motive in Mugdan S. 159; Plank § 516, 3; RG. J. W. 1911 S. 278; Warn. 1917 S. 22; R.G. Recht 1919 Nr. 1940; Warn. 1920 Nr. 38.

[6]) Eine mit einer blossen Rückgabepflicht verbundene Zuwendung ist nicht entgeltlich, da hier der Zuwendende mit der Hingabe keinen besonderen Ausgleich für den von ihm gewährten Vorteil erhält (z. B. Leihe): so Enneccerus § 138, 4; v. Tuhr § 74 S. 138. Unrichtig Stolte S. 78.

Entgeltlich ist ein Geschäft ausserdem auch dann, wenn die Gegenleistung als Zweck der Leistung vereinbart wird[1]), d. h. wenn ein Gegenwert als Entgelt der Zuwendung geleistet wird, der durch sie nach der Absicht der Parteien zur Entstehung gelangen soll, auch wenn eine vertragliche Verpflichtung — im Gegensatz zur konditionalen Verknüpfung — auf der Gegenseite nicht eingegangen wurde. Zwar ist die Unentgeltlichkeit dann ausgeschlossen, wenn eine rechtliche Zuwendung des Zuwendenden — sei sie privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art — zur Vornahme der Zuwendung besteht[2]), die Leistung also zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit bewirkt wird[3]). Aber das Fehlen des Rechtsanspruchs braucht umgekehrt nicht immer zu dem Schlusse zu zwingen, dass damit etwa der Schenkungscharakter mangels eines Entgeltes ohne weiteres begründet sei und die Leistung auch subjektiv als unentgeltliche bewirkt wurde[4]). Zum Ausschluss des Schenkungscharakters ist das Vorhandensein eines Rechtsanspruchs als Entgelt nicht immer erforderlich. Daher kann das Moment der Unentgeltlichkeit, auch wenn die Gegenleistung nicht klagbar ist, vorliegen. Wir berühren damit die Frage, ob sich die Erfüllung der sogen. natürlichen Verbindlichkeiten als eine entgeltliche Zuwendung darstellt oder nicht[5]). Das Wesen der sogen. natürlichen Verbindlichkeiten besteht bekanntlich darin, dass sie klaglos sind. Der dem Forderungsrecht in der Regel durch die Möglichkeit klagweiser Rechtsverfolgung verliehene Schutz ist den Naturalobligationen versagt. Trotz ihrer Unerzwingbarkeit handelt es sich aber dennoch bei ihnen um wahre Forderungen, die dem Rechtsgebiete angehören und vor allen Dingen unter Ausschluss der condictio indebiti erfüllbar sind[6]). Aus dieser Rechtsnatur der natürlichen Verbindlichkeiten

---

[1]) KRGR. § 516, 4 spricht in diesem Falle in offensichtlicher Anlehnung an Oertmann (Entgeltliche Geschäfte S. 15 ff.) von kausaler Verknüpfung; RG. Recht 1919 Nr. 1940.

[2]) Vgl. auch l. 29 pr. D. 39,5: nullo, jure cogente.

[3]) Erschöpft sich aber das Gegenversprechen in der Zusage, schon bestehende Pflichten zu erfüllen, so ist das Moment der Entgeltlichkeit ausgeschlossen; vgl. J. W. 1917 S. 848: Versprechen der Braut zur Gattentreue und Gattenpflege gegen Uebereignung einer Geldsumme, hier liegt Schenkung vor.

[4]) RG. Bd. 94 S. 325.

[5]) Eingehender hat Ungnad (S. 32 ff.) zu dieser Frage Stellung genommen.

[6]) Man sagt im Anschluss an Brinz, die natürlichen Verbindlichkeiten seien zahlbar, aber nicht klagbar.

folgt, dass ihre Erfüllung solutio ist und keine Schenkung darstellt[1]). Durch sie wird der Schuldner von einer allerdings nicht klagbaren, aber dennoch rechtlich begründeten Verpflichtung befreit[2]). In dieser Befreiung liegt ein vollständiges Aequivalent.

Jede Zuwendung, deren Verpflichtungsgrund auf einer natürlichen Verbindlichkeit beruht[3]), ist daher eine entgeltliche Zuwendung. Diese Auffassung hat im Gesetze noch dadurch einen besonderen Ausdruck erhalten, dass auch die in Unkenntnis der Unerzwingbarkeit bewirkte Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden kann (vgl. §§ 656, 762 BGB.). Dasselbe gilt auch für den Fall, dass die Konkursgläubiger nach konkursmässigem Zwangserlass befriedigt werden. Denn trotz des Zwangsvergleichs ist die durch ihn nicht gedeckte „Restschuld" des Gemeinschuldners nach der h. L. eine natürliche Verbindlichkeit, deren nachträgliche Erfüllung die Erfüllung einer Schuld und daher mangels des Erfordernisses der Unentgeltlichkeit keine Schenkung darstellt[4]).

Aus demselben Grunde ist auch die ohne Geltendmachung der Verjährungseinrede bewirkte Erfüllung einer verjährten Forderung eine rein entgeltliche, des Schenkungscharakters entbehrende Leistung. Die verjährte Forderung ist keine natürliche Verbindlichkeit[5]), denn ihr ist die Klagbarkeit nicht entzogen. Sie ist folglich stärker. Erst durch die Erhebung der Verjährungseinrede ist der Klage der Erfolg versagt. Trotz der Verjährung besteht ein rechtspflichtenerzeugendes Schuldverhältnis, das noch weitere rechtliche Wirkungen einer eigentlichen Forderung auslöst, wie z. B. die Wirksamkeit einer Sicherstellung durch Bürgschaft oder Pfandbestellung (§ 222 Abs. 2 BGB.). Die Erfüllung ist daher echte solutio, durch die der Gläubiger keine unentgeltliche Bereicherung erfährt. Auch hier wird die condictio trotz Unkenntnisses des Leistenden von dem Bestehen des Einrederechts ausgeschlossen.

[1]) Ebenso Oertmann Vorbem. vor §§ 516 ff. 1, c; v. Gierke Bd. III, § 191 Anm. 3; Crome § 230, 2, a, ß; auch v. Savigny S. 57.

[2]) KRGR. § 517, 4; Schöninger S. 115.

[3]) Wie z. B. §§ 762—64 (Spiel, Wette und Differenzgeschäft), § 656 BGB. (Ehemäklerlohn).

[4]) Vgl. RG. Bd. 42 S. 118 ff.; J. W. 1909 S. 331 Nr. 6; RG. Bd. 78; S. 77; OLG. Bd. 6 S. 369; Bd. 8 S. 89; KRGR. a. a. O.; Oertmann a. a. O.; Ungnad S. 55 ff.

[5]) A. A. Enneccerus § 227, II, 4, a; Ungnad u. a. m.

Im übrigen wird in den eben erwähnten Fällen, abgesehen davon, dass schon die Rechtsnatur der natürlichen Verbindlichkeiten die Unentgeltlichkeit ausschliesst, auch aus subjektiven Gründen eine Schenkung entfallen. Denn die Absicht der Parteien wird regelmässig nicht auf die Gewährung einer Liberalität, sondern auf die Erfüllung einer Schuld zielen. Zum mindesten wird der Empfänger in der Zahlung die Erfüllung der ihm geschuldeten Leistung erblicken und an der Einigung über die Unentgeltlichkeit nicht teilnehmen[1]).

Eine andere Beurteilung ergibt sich für die sogen. sittlichen und Anstands-Pflichten[2]). Sie liegen ausserhalb der Rechtssphäre und gehören lediglich dem Gebiete der Moral und der gesellschaftlichen Verpflichtung an. Sie haben sich noch nicht zu Rechtspflichten entwickelt. Ihre Erfüllung erfolgt unentgeltlich und ist daher Schenkung. Diese Auffassung folgt auch aus dem klaren Wortlaute des § 534 BGB., wo von „Schenkungen" gesprochen wird, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird[3]). Nahe verwandt sind hiermit auch die sogenannten remuneratorischen Schenkungen, die einem reinen Dankgefühl ihre Entstehung verdanken und nach den Intentionen der Parteien nicht den Charakter einer Gegenleistung besitzen. Sie sind echte Schenkungen. Aber nicht selten raubt die Parteiabsicht der Belohnung einer Dienstverrichtung das Merkmal der Unentgeltlichkeit. Wir berühren damit des weiteren die strittige Frage, ob die Parteien die Möglichkeit besitzen, der für

---

[1]) Ob auch der **Erlass** einer natürlichen Verbindlichkeit Schenkung sein kann, erscheint fraglicher. v. Savigny (S. 57) bejaht die Frage m. E. mit Recht. Denn wie ihre Erfüllung als Erfüllung einer Schuld betrachtet wurde, so enthält notwendigerweise auch die Befreiung von einer nur klaglosen Verbindlichkeit für den Schuldner einen Vermögensvorteil. A. A. Stolte (S. 40), der nur beim Bestehen indirekter Zwangsmittel, wie z. B. bei der Verjährung (§§ 223, 390 BGB.) in dem fraglichen Erlass eine Schenkung erblickt. Im übrigen verneint er das Vorliegen einer Bereicherung, da die natürliche Verbindlichkeit kein „reelles Vermögensaktivum" darstelle und ihr Erlass daher „höchstens eine Befreiung von lediglich moralischem Drucke" bewirken könne.

[2]) Vgl. über den Begriff der sittlichen Pflicht z. B. RG. Bd. 73 S. 46, Bd. 75 S. 132, Bd. 78 S. 414.

[3]) Vgl. ferner §§ 1446, 1641, 1804, 2113 BGB. u. a. m.; hierher gehören z. B. Geburtstags-, Hochzeits- und Weihnachtsgeschenke. Zu weit geht Endemann (§ 164 Anm. 25), der die Erfüllung der sozialen und sittlichen Verpflichtungen nicht als unentgeltliche Vermögensverschiebung gelten lassen will.

eine abgeschlossene ursprünglich unentgeltliche Dienstleistung nachträglich gewährten Vergütung oder der für eine ursprünglich entgeltliche Dienstleistung nachträglich erfolgten Erhöhung der vereinbarten Vergütung die Eigenschaft einer entgeltlichen bezw. höher entlohnten Leistung beizulegen. Es handelt sich dabei in der Hauptsache um Gratifikationen an Beamte, Privatangestellte etc.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist es nicht etwa angängig, eine Unterscheidung dahingehend zu treffen, ob die Dienste ursprünglich unentgeltlich oder bereits entgeltlich geleistet wurden. Denn mit Recht weist das Reichsgericht[1]) darauf hin, dass es sich hierbei lediglich um einen Unterschied des Grades, aber nicht der Art handle. Da für das Vorliegen der Unentgeltlichkeit im Gegensatz zu der nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilenden Bereicherung allein der subjektive Standpunkt der Beteiligten von massgebender Bedeutung ist, so ist die Entscheidung lediglich auf den Willen der Parteien abzustellen. Allerdings wird es im konkreten Falle oft sehr schwierig sein, festzustellen, ob eine nachträgliche Gewährung bezw. Erhöhung eines Entgelts für geleistete Dienste vorliegt oder nicht vielmehr eine belohnende Schenkung, da man sich zwecks Feststellung der Einigkeit über die Unentgeltlichkeit oder Entgeltlichkeit der Zuwendung genötigt sieht, in jedem einzelnen Falle die Gefühle, von denen die Parteien bei ihren Abmachungen durchdrungen sind, einer genauen Untersuchung zu unterziehen. Diese Schwierigkeiten vermögen aber das Ergebnis nicht zu beeinträchtigen.

Im Einklang mit der hier vertretenen Ansicht formuliert die Rechtsprechung des Reichsgerichts den Unterschied zutreffend dahin, dass eine Schenkung dann vorläge, wenn die geleisteten Dienste ein „Dankgefühl“ auslösen, „dem durch eine freie Gabe genügt werden soll“, die auch von der Gegenseite in demselben Sinne angenommen wird, während die Einigkeit über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung für den Fall verneint wird, dass die fraglichen Dienste auf der einen Seite „das Gefühl einer wirklichen Schuld oder auf der andern Seite das Gefühl eines wirklichen Anspruchs“ hervorrufen und die Leistung daher in der Annahme gegeben oder

---

[1]) RG. Bd. 94 S. 324.

genommen wird, dadurch die Schuld abzutragen bezw. die geleisteten Dienste bezahlt zu erhalten[1]).

Der KRGR.[2]) bekämpft die Auffassung und das Ergebnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit der Begründung, dass die im Einverständnis beider Teile unentgeltlich geleisteten Dienste durch die Macht der Parteiwillkür nicht in entgeltliche umgewandelt werden könnten. Ein später gewährtes „Entgelt" sei nichts anderes als eine Schenkung. Nur dann, wenn die Dienste „ohne Verpflichtung und ohne vorausgegangenes Lohnversprechen", aber „in der erkennbaren Absicht künftiger Lohnforderungen vorgenommen" werden — was namentlich dann zuträfe, wenn sie den Umständen nach nur gegen eine Vergütung geleistet zu werden pflegen — komme durch die nachträgliche Entlohnung ein Vertrag zustande, dessen Erfüllungshandlungen bereits mit Rücksicht auf den abzuschliessenden Vertrag vorgenommen worden seien.

Diese Auffassung ist nur teilweise richtig. Es muss allerdings zugegeben werden, dass die rechtliche Natur des Auftrages durch eine nachträgliche Entlohnung der Dienste des Beauftragten nicht mehr mit rückwärtsgreifender Kraft einer Veränderung unterzogen werden kann[3]). Das Gesetz hat der Macht der Parteiwillkür nur vereinzelt eine derartige Tragweite eingeräumt. Die Möglichkeit einem Auftragsverhältnis nachträglich die Natur einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung zu verleihen, ist im Gesetze nicht begründet. Daraus ergibt sich aber andererseits keineswegs der vom KRGR. gezogene Schluss. Denn es wird dabei nicht genügend berücksichtigt, dass der Tatbestand des § 516 BGB. ausdrücklich von dem erklärten Willen der Parteien die Rechtsnatur der Schenkung abhängig macht, indem er die Einigung der Parteien über die Un-

[1]) Vgl. RG. Bd. 94 S. 324. Vgl. auch a. a. O. S. 159: Das einem Angestellten gegebene Ruhegehaltsversprechen sei keine Schenkung, da es als Gegenleistung für seine Dienste gegeben zu werden pflegt, wobei es gleichgültig sei, ob das Versprechen während der Dienstzeit oder nach deren Ablauf erfolgt. Ebenso RG. Bd. 72 S. 188; Bd. 74 S. 139; Bd. 75 S. 324. Auch die amtliche Begründung zum Erbschaftssteuergesetz vom 3. 6. 1906 (S. 34) betrachtete derartige Gratifikationen als lästige Verträge. Cosack Bd. 1, 2 S. 560 spricht von einer Schenkung dann, wenn die Parteien darüber einig sind, dass die Zuwendung dem Nehmer weder wirtschaftlich noch rechtlich „zukommt".

[2]) § 516,4.

[3]) Vgl. auch Prot. Bd. 2 S. 352 in Mugdan Bd. 2 S. 943, welche im übrigen die Entscheidung der Streitfrage ausdrücklich der Wissenschaft und Praxis überlassen.

entgeltlichkeit der Zuwendung verlangt, und diese eben entfällt, wenn die Parteien der hernach freiwillig gewährten Vergütung den Charakter einer in der Geschäftsbesorgung ihre Vergeltung und ihren Ausgleich findenden Leistung beilegen. Die Eigenart des vorhergehenden Auftrages, die in der unentgeltlichen Uebernahme der Verpflichtung besteht, wird dadurch in keiner Weise beeinträchtigt[1]).

Die Konsequenz unserer Auffassung ergibt, dass dann, wenn die Vergütung nur auf seiten des Gebers aus Gefühlen der Schuld entrichtet wird, während sie seitens des Empfängers als Belohnung angenommen wird, eine Schenkung mangels der erforderlichen Einigkeit über die Unentgeltlichkeit entfällt[2]). Dasselbe gilt, wenn der Empfänger im Gegensatz zum Zuwendenden die Vergütung nicht als eine unentgeltliche Zuwendung, sondern als eine nachträgliche Entlohnung auffasst.

Die objektive Aequivalenz der beiden Leistungen ist keine Voraussetzung der Entgeltlichkeit[3]). Es genügt, wenn die Parteien in Berücksichtigung der von ihnen verfolgten Zwecke die Leistungen einander gleichstellen. Die Gegenleistung braucht keinen Tauschwert zu haben und braucht daher ferner auch nicht pekuniär zu sein, was mit dem Gedanken objektiver Gleichwertigkeit ebenfalls unvereinbar wäre[4]). Massgebend ist lediglich die Absicht der Parteien, wonach die Leistung nicht ohne die Anforderung einer Gegenleistung seitens des Vertragsgegners gewährt werden sollte[5]). Da-

[1]) Vgl. auch Oertmann Vorbem. vor §§ 662 ff. 2, b; Vorbem. vor §§ 516 ff. 1, c (Trinkgeld ist keine Schenkung); Staudinger § 662, 2, c; § 518, II, 1, q; Enneccerus § 343 Anm. 6. Etwas zu weitgehend v. Seeler S. 61 ff.: „Das nach bewirkter Leistung erteilte Versprechen einer Belohnung ist nicht ein Schenkungsversprechen; diese Entscheidung entspricht allein den Bedürfnissen des Verkehrs und den Auffassungen des Lebens".

[2]) Einer condictio steht § 814 BGB. entgegen.

[3]) KRGR. § 516, 4; v. Tuhr § 74 S. 140; Haymann S. 93; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte S. 46.

[4]) Cosack § 200, I, 3, b, d; Enneccerus Bd. 1 § 138, 4; Plank § 516, 3; v, Tuhr § 74 S. 139; RG. Bd. 98 S. 177: Abfindung der langjährigen Geliebten für Berufsaufgabe und sonstige pekuniäre und immaterielle Opfer, die sie in Verbindung mit dem Verhältnis brachte; RG. Warn. 1915 Nr. 102: Abfindung des geschiedenen schuldlosen Ehegatten für Belassung der Kinder; auch Dernburg Bd. II, 2 S. 144: Geldversprechen für eigene Kindesannahme.

[5]) Haymann S. 94.

her kann selbst eine unsittliche Leistung das Entgelt einer Zuwendung sein und dadurch die Unentgeltlichkeit ausschliessen[1]).

Auf Grund der bisherigen Ausführungen ist auch die Frage zu lösen, ob sich das Versprechen der Gewährung einer Mitgift[2]) als formbedürftiges Schenkungsversprechen darstellt oder nicht. Die Entscheidung der Frage hängt davon ab, ob die Gewährung der Mitgift nach der Absicht der Parteien in konditionaler oder kausaler Weise mit dem Abschluss der Ehe verknüpft werden sollte. Denn wird die Eheschliessung um selbständiger Interessen des Zuwendenden willen verlangt, stellt sie sich mit anderen Worten vereinbarungsgemäss als der mit der Hingabe der Mitgift verfolgte Zweck dar, so entfällt das Moment der Unentgeltlichkeit der Leistung. Dabei steht auch der Umstand, dass weder das Versprechen der Eheschliessung eingeklagt (§ 1297 BGB.), noch die Heirat erzwungen werden kann, der Annahme einer entgeltlichen Leistung, wie bereits oben erwähnt, nicht entgegen. Unerheblich ist des weiteren die Tatsache, dass die Leistung einem Dritten, nämlich der Frau gewährt werden soll[3]).

Verspricht der künftige Schwiegervater oder ein Fremder dem Bräutigam derart eine Mitgift, dass letzterer einen **eigenen** Anspruch darauf — nicht nur einen zu Gunsten seiner zukünftigen Frau[4]) — erwirbt, so wird in der Regel um deswillen keine Schenkung vorliegen, weil der Abschluss der Ehe durch die in Aussicht stehende Zuwendung veranlasst oder mindestens mitveranlasst werden sollte, sodass Mitgift und Eheschliessung im Verhältnis von Leistung und „Gegenleistung" zu einander stehen. Die Gegenleistung des Mitgiftempfängers besteht in der mit der Eheschliessung verbundenen

---

[1]) Cosack § 200, I, 3, b. ß; vgl. auch RG. Bd. 62 S. 276: „Abgeltung" mit einer Mitgift für den Fall, dass der Empfänger ein vom Zuwendenden geschwängertes Mädchen heiratet.

[2]) Unter Mitgiftversprechen soll hier das dem Manne der Tochter vor Abschluss der Ehe gegebene Versprechen, „Frauenvermögen" zu gewähren, verstanden sein.

[3]) Das Mitgiftversprechen kann sich als Vertrag zu Gunsten eines Dritten darstellen: RG. Bd. 67 S. 206, Neubecker S. 244, Oertmann a. a. O.

[4]) Vgl. z. B. Gruch. Bd. 48 S. 970 (= JW. 1904 S. 405), wo das dem Bräutigam gegenüber abgegebene formlose Mitgiftversprechen als ein Ausstattungsversprechen an die Tochter i. S. des § 1624 BGB. gedeutet wurde.

Uebernahme der Ehelasten[1]). Auch die ursprünglich ablehnende Rechtsprechung[2]) hat sich neuerdings der h. L. angeschlossen[3]). Das Reichsgericht[4]) sieht einen Anhalt für die fragliche Entscheidung, wenn festgestellt werden kann, „ob der Empfänger des Mitgiftversprechens durch dieses zu der Heirat veranlasst werden sollte, oder ob umgekehrt der Versprechende durch die bereits bestehende und fest gehaltene Heiratsabsicht der künftigen Eheleute zur Erteilung des Versprechens seinerseits veranlasst wurde". Der Ansicht Neubecker's[5]), dass das Mitgiftversprechen mit Rücksicht auf die Schwierigkeiten, welche mit der praktischen Ausgestaltung dieses von der Rechtsprechung ausgesprochenen Grundsatzes verbunden seien[6]), generell „unter dem Gesichtspunkt der typischen Veranlassung, der gewollten Gegenleistung zu betrachten" sei, also nie ein Schenkungsversprechen darstelle, kann nicht beigetreten werden. Denn wenn das Mitgiftversprechen keinerlei Veranlassung zu der Heirat gegeben hat, sondern im Gegenteil erst nachträglich nach bereits ernsthaft bestehender Heiratsabsicht, d. h. nur aus Anlass der Eheschliessung erteilt wurde, so bildet die Eingehung der Ehe nur das rechtlich unerhebliche Motiv für die Abgabe des Versprechens, und dem Mitgiftversprechen ermangelt der Charakter der Entgeltlichkeit[7]).

Mit Recht weist übrigens Oertmann[8]) darauf hin, dass sich auch aus rechtspolitischen Erwägungen heraus Bedenken gegen die

[1]) KRGR. § 516, 4; Enneccerus § 343, I. 3, a Anm. 7; Dernburg § 205, II, 5; Oertmann Vorbem. vor §§ 516 ff. 1, c, ß und Entgeltliche Geschäfte S. 17 ff., 76 ff.; v. Gierke § 191 Anm. 5; v. Tuhr § 74 S. 140; Haymann S. 125 ff.; v. Seeler S. 52; Bartholomäus DJZ. 1905 S. 259|60. Vgl. auch ALR. I, 11 §§ 1047|48, wo das Mitgiftversprechen als lästiger Vertrag erklärt ist, wenn es „unter der Bedingung oder zum Zwecke einer zu schliessenden Ehe" erteilt wird (dazu RG. Bd. 17 S. 252 ff.).

[2]) KG. Seuff. A. 59 Nr. 76 S. 139|40; RG. Seuff. A. 59 Nr. 181 S. 318 ff. (Eheschliessung könne nicht als Gegenleistung für die Zuwendung angesehen werden).

[3]) RG. Bd. 62 S. 273 ff.; Bd. 67 S. 204 ff.; Seuff. A. 62 Nr. 61 S. 109; Gruch. 51 S. 376; Seuff. A. 74 S. 119 u. a. m.; OLG. 5 S. 416|17: „Zusicherung einer Vergütung für die Erfüllung des Eheversprechens".

[4]) Bd. 62 S. 277; ähnlich v. Seeler S. 52: Wenn „die Aussicht auf die versprochene Ausstattung nach den Intentionen des Versprechenden bestimmend oder doch mitbestimmend auf den Abschluss der Ehe wirken sollte und wirkte".

[5]) S. 241 ff.

[6]) Es komme „zu einer Seelenschnüffelei, die für die Parteien greulich, für den Richter unmöglich sei".

[7]) Ebenso ALR. I, 11 § 1049.

[8]) A. a. O.

Unterstellung des Mitgiftversprechens unter den Formzwang des § 518 BGB. erheben würden. Denn oft kann der Ehe die materielle Grundlage, die der mittellose Bräutigam durch das Mitgiftversprechen sichergestellt glaubte, durch dessen Ablehnung genommen und damit der Bestand der Ehe ungünstig beeinflusst werden. Eine formgerechte Festlegung des Versprechens wird sich aber andererseits „aus Gründen der Delikatesse" verbieten. Aber auch diese Erwägungen finden ihre Grenzen. Sie sind dort überflüssig, wo das Mitgiftversprechen eine Veranlassung zum Eheschluss geben sollte. Auch sie rechtfertigen die von Neubecker vertretene radikale Anschauung nicht.

Eine andere Beurteilung ergibt sich dagegen für die dem heiratenden Kinde gegebene Ausstattung[1]) der Eltern — auch sofern sie dem Bräutigam zu Gunsten der Tochter versprochen wird. Sie ist allerdings unentgeltliche Zuwendung, gilt aber auf Grund positiver Gesetzesbestimmung (§ 1624 Abs. 1 BGB.) dann **nicht** als Schenkung, wenn sie das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Mass nicht übersteigt.

Aber auch im Falle einer die Grenzen der Angemessenheit nicht übersteigenden Ausstattung liegt nicht ohne weiteres eine Schenkung vor; vielmehr müssen auch hier die besonderen Schenkungsvoraussetzungen des § 516 BGB. zutreffen[2]).

Der Stempel der Unentgeltlichkeit braucht dem Schenkungsvertrag nicht allein anzuhaften. Es besteht die Möglichkeit, dass die Schenkung einem entgeltlichen Vertrage derart beigemischt wird, dass das einheitliche Rechtsgeschäft entgeltliche und unentgeltliche Bestandteile aufweist. Es kommen hierbei diejenigen Fälle in Betracht, in welchen die in einem Umsatzvertrage für die Leistung des einen Kontrahenten gewährte, hinter dem Werte der Leistung

[1]) Die der Tochter im Rahmen des § 1620 BGB. gewährte Aussteuer ist niemals Schenkung. Sie ist als Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung entgeltliche Leistung.

[2]) Der von Neubecker (S. 214 ff.) vertretenen Ansicht, dass dann, wenn der Empfänger von der „Uebermässigkeit" der Ausstattung keine Kenntnis hat, mangels Einigung über den „Schenkungscharakter der Zuwendung" keine Schenkung vorläge, kann nicht beigetreten werden. Denn die Einigung über den Schenkungscharakter der Zuwendung ist mit der Einigung über die Unentgeltlichkeit nicht zu identifizieren, letztere erfordert die Kenntnis bezw. die Einigung über die Uebermässigkeit nicht.

zurückbleibende Gegenleistung (z. B. ein zu niedriger Kaufpreis) **vereinbarungsgemäss** nur für einen Teil jener Leistung als Entgelt betrachtet werden, der Restbetrag dagegen, der in der Regel dem Mehrwert der Leistung entsprechen wird, den Inhalt einer unentgeltlichen Zuwendung bilden soll[1]). Die Schenkungsbereicherung besteht folglich in dem nach dem Vertragswillen der Beteiligten nicht durch Gegenleistung ausgeglichenen Mehrwert[2]). In der Beantwortung der Frage, inwieweit die für die lästigen und die für die freigebigen, d. h. für die Schenkungsverträge aufgestellten Vorschriften zur Anwendung gelangen bezw. inwieweit sie sich gegenseitig ausschliessen, wirkt sich vor allem die Schwierigkeit des Rechtsgebildes der sogen. gemischten Schenkung aus[3]).

§ 10. Die Vertragsnatur der Schenkung.

Obwohl es die gesetzliche Definition der Schenkung, wie bereits in der Einleitung bemerkt und in der Folge gezeigt wurde, an Klarheit und Kontroversenreinheit vermissen lässt, so hat sie jedenfalls dem im gemeinen Recht über die Rechtsnatur der Schenkung lebhaft geführten Streit für immer ein Ende bereitet. Denn dadurch, dass das bürgerliche Gesetzbuch zur Vollendung der Schenkung die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung, das wichtigste Essentiale der Schenkung, erfordert, steht ihre Vertragsnatur ausser jedem Zweifel[4]).

Jeder Vertrag verlangt Antrag und Annahme. Somit müssen auch bei der Schenkung diese Erfordernisse vorliegen. Die animo donandi gemachte Zuwendung genügt daher noch nicht zur Erfüllung des Schenkungstatbestandes, vielmehr bedarf es noch seitens des Empfängers, der — wenn auch nur stillschweigend erteilten — Annahme der unentgeltlich bewirkten Zuwendung. Andererseits lässt die Annahme der **Zuwendung** allein die Schenkung noch nicht zur Vollendung gelangen. Der Begünstigte muss auch von der Unentgeltlichkeit Kenntnis haben und sich mit ihr einver-

[1]) Ueber die verschiedenen Theorien vgl. Oertmann § 516, 9.

[2]) RG. Bd. 68 S. 326.

[3]) Vgl. hierüber besonders Müller J. J. Bd. 48 S. 209 ff.; Weirauch Gruch. Bd. 48 S. 292 ff. Ein näheres Eingehen übersteigt die Grenzen der vorliegenden Aufgabe.

[4]) Vgl. hierüber eingehend Motive S. 288 ff. in Mugdan S. 159 ff., sowie Prot. S. 1619 ff. in Mugdan S. 738 ff.; Oertmann Vorbem. vor §§ 516 ff. 2, a, sowie sämtliche Kommentare.

standen erklären[1]). Erst durch diese gegenseitige Vereinbarung über die Unentgeltlichkeit ist die Schenkung bei Vorliegen der übrigen Erfordernisse vollendet[2]). Nimmt z. B. der Empfänger die vom Geber unentgeltlich bewirkte Zuwendung als Schulderfüllung an, so fehlt es an der Einigung der Parteien über die Schenkungscausa, d. h. über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung, und der Tatbestand der Schenkung entfällt[3]).

Eine ausdrückliche Erklärung des Einverständnisses wird vom Gesetze nicht verlangt. Nach allgemeinen Grundsätzen kann sich die Einigung auch durch konkludente Handlungen vollziehen. Mit Recht weist Oertmann[4]) darauf hin, dass bei der Geneigtheit der meisten Menschen, eine ihnen angebotene Schenkung anzunehmen, meist schon ein bloss passives Verhalten als Zustimmung gedeutet werden darf.

Mitunter könnten noch Zweifel darüber auftauchen, ob eine Zuwendung angenommen wurde oder nicht. Nicht selten folgt die Annahmeerklärung der objektiven Bereicherung erst nach. Ja es besteht sogar die Möglichkeit, dass der Begünstigte von der ihm gemachten Zuwendung überhaupt nicht ohne weiteres Kenntnis erhält, was z. B. in denjenigen Fällen zutrifft, in welchen der Schuldner durch die seitens eines Dritten gem. § 267 BGB. erfolgte Schuldentilgung bereichert wird[5]). Bis zur Annahme einer derartigen Zuwendung besteht dann ein Schwebezustand. Denn trotz der Wirksamkeit des die Bereicherung herbeiführenden Zuwendungsaktes ist der Schenkungsvertrag noch nicht zum Abschluss gelangt. Um dem Zuwendenden die Möglichkeit einer Klärung der durch eine solche ohne Willen des Bedachten erfolgten Zuwendung eintretenden Rechtslage zu verschaffen, gewährt ihm das Gesetz in § 516

[1]) Vgl. Crome § 230, 2, d; v. Tuhr § 75 Anm. 3; J. W. 1904 S. 590 Nr. 1.

[2]) Mangels Einigung über die Unentgeltlichkeit ist daher die Zuwendung des Stifters bei Errichtung der Stiftung keine Schenkung (über die analoge Behandlung vgl. v. Tuhr Bd. I § 41 Anm. 44).

[3]) Es liegt dann eine unentgeltliche Zuwendung vor. Die condictio indebiti ist infolge der Kenntnis des Leistenden von seiner Nichtschuld gem. § 814 BGB. ausgeschlossen.

[4]) § 516, 5, b.

[5]) Ebenso bei Schuldübernahme durch Vertrag mit dem Gläubiger (§ 405 BGB.) oder bei einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten mit der Wirkung, dass letzterer unmittelbar ein Recht auf die Leistung erwirbt (§ 328 BGB.).

Abs. 2 BGB. ein „Provokationsrecht“[1]). Der Schenker kann den Empfänger unter Bestimmung einer angemessenen Frist[2]) zur Erklärung über die Annahme auffordern. Erklärt sich der Empfänger daraufhin nicht, so wird seine Annahme — entgegen dem allgemeinen Vertragsprinzipe, wonach dem Schweigen eine ablehnende Wirkung beizulegen ist — ausnahmsweise fingiert[3]). Ob dieses an das Schweigen geknüpfte Präjudiz der Annahme gerechtfertigt ist, stehe dahin. Der Gesetzgeber wollte damit jedenfalls dem angeblich normalen Verhalten der Menschen, „dass Schenkungen nur ausnahmsweise zurückgewiesen werden“[4]), Rechnung tragen[5]).

Lehnt der Empfänger andererseits vor Ablauf der Frist die Schenkung ab, so liegt der Tatbestand der condictio ob causam datorum vor[6]). Die objektiv bestehende Bereicherung kommt ohne rechtlichen Grund dem Empfänger zugute und kann daher — was § 516 Abs. 2 Satz 2 in überflüssiger Weise noch ausdrücklich bestimmt — nach den Grundsätzen einer ungerechtfertigten Bereicherung herausverlangt werden. Der Beginn der Haftung bestimmt sich nach § 819 BGB.[7]). Die Verjährung der infolge der Ablehnung zur Entstehung gelangten condictio läuft vom Zeitpunkte der Zuwendung an.

---

[1]) Staudinger § 516, II, 2, b.

[2]) Im Falle der Unangemessenheit tritt nach h. L. zwangsläufig die angemessene Frist in Lauf.

[3]) Der E. I § 438 hatte sich mit einer durch Gegenbeweis zu entkräftenden Rechtsvermutung begnügt. Mit Recht hebt übrigens Oertmann (§ 516, 6, b, ß) hervor, dass die Fiktion nicht bei Schenkungen unter Auflage gelte, weil „das Gesetz schwerlich beabsichtigt haben könne, dass dem zu Beschenkenden als Folge seines Schweigens auch eine Verpflichtung aufgedrängt werden könne“; ebenso KRGR. § 516,8.

[4]) Prot. S. 1622 in Mugdan S. 739.

[5]) Ablehnend Endemann (§ 164 Anm. 10), der hier von einem „indirekten Annahmezwang“ spricht; Crome (§ 230 Anm. 54) bedauert, dass man zudringliche Schenkungen „nicht vornehm ignorieren“ könne; Schollmeyer (S. 48) spricht von einer Vergewaltigung der Minorität, die sich nicht gerne etwas schenken lässt; vgl. auch Dernburg Bd. 2 § 206 Anm. 2.

[6]) KRGR. § 516, 8.

[7]) Mit Rücksicht auf die strenge Haftung des § 819 BGB., welche die Folge der Schenkungsablehnung ist, wird man dem Minderjährigen, der zwar gem. § 107 BGB. zur Schenkungsannahme berechtigt ist, das Recht der Ablehnung versagen: so mit Recht Endemann (§ 164 Anm. 11).

Stirbt der **Zuwendende** vor der Annahme[1]) oder wird er vor diesem Zeitpunkt geschäftsunfähig, so wird dadurch im allgemeinen gemäss § 153 BGB. der Antrag nicht erlöschen, das Zustandekommen der Schenkung also nicht gehindert, sofern nicht ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist. Stirbt aber andererseits der **Antragsgegner** vor Annahme der Schenkung, so wird in der Regel eine Vererbung des mit der Schenkungsofferte verbundenen Annahmerechts nicht stattfinden, da Schenkungen im Zweifel nach dem Willen des Zuwendenden höchstpersönlicher Natur zu sein, d. h. auf eine persönliche Begünstigung des Bedachten abzuzielen pflegen[2]).

Eine Bereicherungsabsicht auf seiten des Zuwendenden ist für das Zustandekommen einer rechtsgültigen Schenkung völlig unerheblich[3]), denn das BGB. hat davon Abstand genommen, in der Definition der Schenkung die Bereicherungsabsicht zu einem Tatbestandserfordernis zu erheben. In der Regel wird sie allerdings vorhanden sein, aber der Schenker kann auch von andern Motiven geleitet sein; selbst eine auf rein egoistischem Beweggrunde beruhende unentgeltliche Bereicherung des andern, die lediglich zur Erzielung einer eigenen Bereicherung, also nur als Mittel zum Zwecke bewirkt wird, ist als Schenkung anzusprechen[4]). Die Bereicherung ist nicht Selbstzweck der Schenkung. Schenkung ist nicht Bereicherung um der Bereicherung willen[5]). Daher können sogar diejenigen Zuwendungen, die in der Absicht vorgenommen werden, den Empfänger zu schädigen, bei Wahrung der Voraussetzungen des § 516 BGB. Gegenstand einer Schenkung sein[6]). Die Motive vermögen einer Zuwendung den Charakter der Unentgeltlichkeit

[1]) Wird die Zuwendung erst nach dem Tode des Schenkers perfekt, z. B. im Falle einer Aushändigung des Schenkungsgegenstandes an einen Boten, der die Uebereignung erst nach dem Tode des Zuwendenden besorgt, so entfällt eine Bindung (RG. Bd. 83 S. 223); ebenso verhindert der Tod die Heilbarkeit eines formnichtigen Schenkungsversprechens (J. W. 1904 S. 337 Nr. 3).

[2]) Endemann § 164 Anm. 4.

[3]) Vgl. RG. Bd. 70 S. 17; 72 S. 191; 79 S. 70 ff.; 94 S. 322. Endemann § 164, 2, b und die übrigen Kommentare. A. A. lediglich Neumann, Gruch Bd. 45 S. 568 ohne nähere Begründung.

[4]) So auch Prot. S. 1616 in Mugdan S. 737.

[5]) So Windscheid § 365 Anm. 4.

[6]) Enneccerus § 343, I, 3, b: „Danaergeschenke sind auch Geschenke!"

nicht zu rauben und liegen ausserhalb der Rechtssphäre. Für die Schenkung ist daher ein animus donandi nur im Sinne einer auf die unentgeltliche Entäusserung des zugewandten Gegenstandes gerichteten Absicht erforderlich.

Wann ist der Zuwendende an seine Zuwendung gebunden? Von Tuhr[1]) vertritt die Auffassung, dass eine Bindung des Zuwendenden an seine innere Schenkungsabsicht, die sich dann ergebe, wenn die Zuwendung ohne Angabe der causa, d. h. ohne eine irgendwie in die Erscheinung getretene Schenkungsofferte vorgenommen worden war, abgelehnt werden müsse. Die Offerte könne als empfangsbedürftige Erklärung in der schenkungshalber ohne Wissen des Gegners vorgenommenen Zuwendung nicht enhalten sein. Aus § 516 Abs. 2 BGB. könne nichts Gegenteiliges entnommen werden. Denn § 516 Abs. 2 wolle keine Ausnahme von dem in der Schenkungsdefinition aufgestellten Erfordernis der Einigung über die Unentgeltlichkeit und der damit verbundenen Forderung einer wirksamen Offerte machen, sondern lediglich durch die Schaffung der Fiktion der Annahme den Abschluss der Schenkungseinigung erleichtern. Diese Ansicht wird mit Recht von der h. L. verworfen. Dem Wortlaut des § 516 kann bei natürlicher Auslegung keine andere Bedeutung beigelegt werden, als dass der Zuwendende nach Vollzug der Zuwendung nicht mehr die Möglichkeit besitze, durch Unterlassung der Aufforderung das Zustandekommen der Schenkung zu verhindern[2]). Die Zuwendung muss als eine Quasi-Offerte einer Schenkung betrachtet werden, an die sich der Zuwendende stillschweigend bis zu ihrer Ablehnung gebunden erklärt[3]). Diese Unwiderruflichkeit des in der Zuwendung liegenden Schenkungsanerbietens schliesst eine Rückforderung vor Ablehnung der Schenkung aus[4]).

---

[1]) Bd. II, 2 § 75 S. 154|55.

[2]) KRGR. § 516, 8.

[3]) Vgl. auch Motive S. 289 in Mugdan S. 160; ebenso Prot. S. 1620 in Mugdan S. 739; Goldmann-Lilienthal § 148 S. 530; Oertmann § 516, 6, a: § 147 BGB. komme nicht zur Anwendung.

[4]) Mit Recht weist ferner Oertmann (a. a. O.) darauf hin, dass § 516 Abs. 2 trotz seines bedenklichen Wortlauts sinngemäss nicht nur auf die Fälle einseitiger Zuwendung, sondern auch auf die abstrakten zweiseitigen Zuwendungsakte, über deren causa die Einigung der Parteien noch aussteht, anzuwenden sei. Ebenso KRGR. § 516, 8.

In diesem Zusammenhange möge noch auf den angeblichen Widerspruch zwischen § 516 Abs. 2 und § 685 Abs. 1 BGB. hingewiesen werden. Fehlte dem Geschäftsführer die Absicht, von dem Geschäftsherrn Ersatz seiner Aufwendungen zu verlangen, so kann sein Verhalten nicht anders als ein in Schenkungsabsicht erfolgtes gedeutet werden. Lehnt nun der Geschäftsherr die ihm gebrachten Vermögensopfer als Schenkung ab, so erhebt sich die Frage, ob dem Geschäftsführer mit Rücksicht auf § 685 Abs. 1 BGB. jeglicher Bereicherungsanspruch entzogen bleibt. § 685 Abs. 1 erstreckt sich aber bei ungezwungener Betrachtung lediglich auf die aus der Geschäftsführung erwachsenden Ansprüche. Deren Geltendmachung ist dem Geschäftsführer, der ohne animus recipiendi eine mit Aufwendungen verbundene Geschäftsführung vornahm, verwehrt. Dadurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass ihm aus anderem Rechtsgrunde ein Anspruch zusteht. Bei Ablehnung des Geschäftsherrn vermag er daher die animo donandi gemachten Aufwendungen gemäss § 516 Abs. 2 nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung herauszuverlangen[1]).

C.

§ 11. Das Schenkungsversprechen.

Die Schenkung ist ein obligatorischer Vertrag[2]). Sie ist ein einseitiger Schuldvertrag. Ihre Erscheinungsformen sind die sogenannte Hand- oder Realschenkung[3]), bei welcher der schuldrechtliche Vertrag mit dem dinglichen Erfüllungsgeschäft zeitlich und äusserlich zusammenfällt[4]), sowie das Schenkungsversprechen, bei welchem die Zuwendung in der Begründung des Forderungsrechts auf die versprochene Leistung besteht. Die **Erscheinungs**form beeinflusst auch die **Rechts**form der Schenkung.

[1]) Ebenso KRGR. § 685, 1; Oertmann § 685, 2 mit abweichender Begründung; v. Tuhr § 75 Anm 13; Goldmann-Lilienthal § 148 Anm. 14.

[2]) Nicht der zur Vermögensverschiebung erforderliche dingliche Vertrag ist Schenkung, sondern der über die causa (Prot. S. 1619 in Mugdan S. 738). Vgl. auch Endemann § 164, 1; Oertmann Vorbem. vor §§ 516, 3.

[3]) Gegen den Ausdruck „Realschenkung": Eckstein S. 384 ff., der mit Recht betont, dass die Schenkung nie Realvertrag, sondern auch in der Form der Handschenkung Konsensualvertrag sei.

[4]) Vgl. RG. Bd. 111 S. 153.

Im Laufe der Rechtsgeschichte wurde die Gültigkeit der Schenkung stets von besonderen Formerfordernissen abhängig gemacht. So unterwarf das gemeine Recht[1]) im Anschluss an die l. 36 § 3 C. 8, 53 jede den Wert von 500 solidi[2]) übersteigende Schenkung — von wenigen Ausnahmen abgesehen — der gerichtlichen Insinuation und stattete den Formmangel mit absoluter Nichtigkeit aus. Während das gemeine Recht der Realschenkung mit Rücksicht auf die Höhe des Wertes des zugewandten Gegenstandes eine verschiedene Formbehandlung zuteil werden liess, forderte das ALR. (§§ 1063 ff. I, 11) lediglich für das Schenkungsversprechen den gerichtlichen Vertragsabschluss und befreite im Prinzipe die Realschenkung von der Formfessel des gemeinen Rechts. Ausser diesen beiden Rechten, welchen territorial die grösste Ausdehnung in Deutschland zukam, bestanden zur Zeit der Schaffung des BGB. noch unzählige Partikularrechte, die in verschiedenster Weise die Schenkung, bezw. das Schenkungsversprechen mit einem Formzwang ausstatteten[3]).

Wie bereits eingangs der Arbeit erwähnt, unterwirft der Gesetzgeber in § 518 BGB.[4]) das Schenkungsversprechen dem Beurkundungszwange. Er schloss sich in dieser Beziehung der Regelung des ALR. an und sah von der Aufstellung einer allgemeinen Schenkungsform ab.

§ 518 BGB. bestimmt:

> „Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich. Das Gleiche gilt, wenn ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis der in den §§ 780, 781 bezeichneten Art schenkweise erteilt wird, von dem Versprechen oder der Anerkennungserklärung.
>
> Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt."

---

[1]) Vgl. im einzelnen Windscheid Bd. 2 § 367, 2; Dernburg, Pand. § 108.

[2]) = 4666,67 *RM.* nach RG. Bd. 1 S. 313.

[3]) Vgl. über diesen Rechtszustand Motive in Mugdan S. 161|63.

[4]) Im Einklang mit der Regelung des E. I § 440.

Das Schenkungsversprechen stellt sich somit als ein Vertrag dar, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird[1] [2]). Das durch das Versprechen für den Begünstigten begründete Forderungsrecht muss unmittelbar gegen den Schenker gerichtet sein. Erhält der Zuwendungsempfänger eine Forderung gegen eine andere Person als den Schenker, so liegt eine durch Realleistung zum Vollzug gelangte Schenkung vor. Das trifft vor allen Dingen bei den oben erwähnten Fällen der mittelbaren Zuwendung zu, in denen die Zuwendung unter Zuhilfenahme dritter Personen bewirkt wird, wie z. B. beim Vertrage zu Gunsten des Beschenkten[3]), bei der Annahme einer Anweisung, an den Schenkungsnehmer zu zahlen. Hier wie dort erwirbt der Schenknehmer eine Forderung gegen eine andere Person als den Zuwendenden und zwar an den Angewiesenen bezw. den Vertragsgegner des Zuwendenden, womit die Schenkung als bewirkt zu erachten ist[4]).

Was nun die Form des Schenkungsversprechens anlangt, so bildet sie insofern eine Ausnahme von der Regel, als im Gegensatz zu § 128 BGB. der bei der gesetzlich vorgeschriebenen Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung sowohl eine Beurkundung des Vertragsantrages, wie auch — wenn auch nicht gleichzeitig — der Annahme desselben verlangt, für das Schenkungsversprechen lediglich eine Beurkundung der Offerte gefordert wird[5]) [6]). Die Annahme kann somit auch formlos erfolgen. Für letztere gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 145 ff. BGB.

---

[1]) Mit dem Abschluss dieses Verpflichtungsvertrages kommt die Schenkung bereits zustande, da die Begründung einer Verpflichtung — wie oben ausgeführt — Zuwendung ist. Die Erfüllung kann daher keine Schenkung sein, denn sie erfolgt solvendi causa; Plank § 516,3; v. Savigny S. 57; Crome § 230 S. 504 und Anm. 12; v. Tuhr § 75, 3 S. 157; Cosack Bd. I, 2 S. 559. A. A. von Gierke Bd. 3 § 191 Anm. 6: weil sie den abschliessenden Teil des Schenkungsvorgangs bilde.

[2]) Das Formerfordernis gilt natürlich auch für das bedingte Schenkungsversprechen.

[3]) Vgl. auch RG. Bd. 106 S. 2, wo im übrigen betont wird, dass bei derartigen Verträgen für die Frage der Formvorschrift „immer nur das Verhältnis zwischen dem Versprechenden und Versprechensempfänger von Bedeutung sein" könne.

[4]) Vgl. auch KRGR. § 518, 1. § 788 BGB. steht dieser Ansicht nicht entgegen, denn der Angewiesene, dessen Annahme die Forderung zur Entstehung brachte, ist nicht der mit Schenkungsabsicht Versprechende. A. A. anscheinend v. Tuhr § 71 Anm. 67 S. 59.

[5]) Es genügt im übrigen die förmliche Beurkundung des blossen Leistungsversprechens; „die urkundliche Individualisierung des Versprechens als eines schenkweise erteilten" ist nicht erforderlich (vgl. RG. Bd. 98 S. 128).

[6]) Von der in Art. 141 EGBGB. der Landesgesetzgebung eingeräumten

Schreibt allerdings das Gesetz für gewisse obligatorische Verträge eine Beurkundung im Sinn des § 128 BGB. ohne Rücksicht auf die diesen Verträgen zu Grunde liegende causa vor (wie z. B. in den Fällen der §§ 311, 312 Abs. 2 und 313 BGB.), und bildet gerade die Schenkung die causa eines derartigen formbedürftigen Vertrages, so geht selbstverständlich die allgemeine Formvorschrift vor.

In diesen Fällen hat demnach auch eine Beurkundung der Annahme zu erfolgen.

Während das gemeine Recht dem Mangel der für die Schenkung aufgestellten Form absolute Nichtigkeit beilegte, spricht das BGB. dem Vollzuge der Schenkung ausnahmsweise eine heilende Wirkung zu. Nach § 518 Abs. 2 wird der Mangel der Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt[1]). Die rechtliche Konstruktion des § 518 ist nicht unbestritten geblieben.

Gemäss § 125 BGB. ist das der Form ermangelnde Schenkungsversprechen an und für sich nichtig. Es fragt sich, in welchem Sinne die mit dem Vollzuge der versprochenen Leistung verbundene Heilung des Formmangels zu verstehen ist.

Die Motive[2]) vertreten die Auffassung, dass das formlose und daher nichtige Schenkungsversprechen auch nicht nachträglich durch die Bewirkung der Leistung konvaleszieren könne. In Verfolg dieser Ansicht fordern sie daher die Zulässigkeit der condictio indebiti im Falle der vom Geber im Irrtum über die Nichtigkeit des formlosen Schenkungsversprechens bewirkten Realleistung. Denn da sich die auf Grund eines gültigen Schenkungsversprechens vollzogene Leistung als eine animo solvendi erfolgende Erfüllung einer Schenkung darstelle, so gelte dasselbe beim nichtigen Schenkungsversprechen. Auf die im Irrtum über die angeblich bestehende Rechtsverpflichtung zur Leistung bewirkte Leistung träfen dann die allgemeinen Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung zu. Würde der Schenker jedoch „unter Absehen von dem ungültigen

---

Befugnis, für die Beurkundung von Rechtsgeschäften, die nach den Vorschriften des BGB. gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedürfen, die Gerichte oder die Notare für zuständig zu erklären, hat Württemberg im Einklang mit Preussen keinen Gebrauch gemacht.

[1]) Konvaleszenz ist dem code civil (vgl. art. 931, 932) unbekannt. Die franz. Jurisprudenz lässt aber gleichwohl verschiedene Ausnahmen zu, z. B. hinsichtlich der „dons manuels", der „remise de dette" etc. (vgl. Recueil périodique et critique Dalloz 46. 2. 87; 82. 1. 477).

[2]) Bd. 2 S. 295 in Mugdan S. 163|64.

Schenkungsversprechen bezw. in Kenntnis von der Nichtigkeit des letzteren dasjenige, was er zu leisten schenkweise versprochen hat", animo donandi leisten, so läge eine selbständige Vermögenszuwendung vor, die eine neue vollzogene Schenkung darstelle.

Demgegenüber stellte sich die II. Kommission[1]) auf den Standpunkt, „dass die Nichtigkeit des formlosen oder formwidrigen Schenkungsversprechens durch Konvaleszenz gehoben werden könne, wenn nachträglich die Schenkung zur Vollziehung gelange". Die scharfsinnige, juristische Unterscheidung der Motive zwischen einer im Irrtum über die Nichtigkeit und einer ohne Rücksicht auf die Nichtigkeit des Versprechens bewirkten Leistung sei eine Feinheit, „die der Verkehr nicht verstehen werde und durch welche die Handhabung des Gesetzes unnötigerweise erschwert werden würde".

M. E. steht gegenüber dem klaren Wortlaute des Gesetzes fest, dass der Formmangel des Verpflichtungsvertrages ohne Rücksicht auf die subjektive Einstellung des Zuwendenden für den Vollzugsakt der Leistung unschädlich ist[2]). Den Vollzug der versprochenen Leistung behandelt der Gesetzgeber ausnahmsweise als Vornahme einer neuen selbständigen Schenkungshandlung, deren Rechtsgültigkeit sich unbeschadet der Unwirksamkeit des Versprechens nach § 516 BGB. beurteilt[3]).

Des weiteren ist die Beantwortung der Frage, wann die versprochene Leistung als bewirkt anzusehen ist, insofern von grosser Bedeutung, weil bis zum restlosen Vollzug der Leistung immer noch ein formbedürftiges blosses Schenkungsversprechen vorliegt.

Der Vollzug der Leistung ist dann beendet, wenn der Zuwendende — wie bereits oben bei der Zuwendung angedeutet wurde — alle vom Gesetze für die Bewirkung der betreffenden Leistung jeweils aufgestellten rechtlichen Erfordernisse erfüllt hat[4]).

[1]) Vgl. Prot. S. 1627|28 in Mugdan S. 741.

[2]) Vgl. Oertmann § 518, 6; Crome § 230, 3; ähnlich Oppenheim S. 48. Darüber, daß die Ungültigkeit des Rechtsgrundes bei Vollziehung der Schenkung nicht mehr geltend gemacht werden kann, vgl. auch RG. Bd. 53 S. 296.

[3]) Staudinger § 518, II, 6, a; Wogt (S. 15) hält die Bestimmung für überflüssig, sie sei „logisch nicht zu rechtfertigen"; die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts wird aber prinzipiell durch die Gültigkeit des nachfolgenden abstrakten Vollzugsgeschäftes nicht geheilt!

[4]) Vgl. auch Motive S. 294 in Mugdan S. 163: Bei Erfüllung der „zur Perfektion des s. g. dinglichen Vertrages" erforderlichen Voraussetzungen. Oertmann § 518, 3, a: Wenn der Beschenkte den „materiellen Erfolg der Schenkung unmittelbar in sein Vermögen erlangt hat"; Endemann § 164 Anm. 15.

Für die Uebertragung beweglicher Sachen kommen die §§ 929 ff. BGB. zur Anwendung, d. h. sie vollzieht sich in der Regel durch Einigung und Uebergabe[1]). Bezüglich der unbeweglichen Sachen gelten insbesondere die Vorschriften der §§ 873 (Einigung und Eintragung), 925 (Auflassung). Für die Aufgabe dinglicher Rechte ist § 875 BGB. massgebend. Für die Belastung und Uebertragung dinglicher Rechte (Dienstbarkeiten etc.) gilt § 873 BGB. Die schenkweise in Aussicht gestellte Abtretung einer Forderung wird gemäss §§ 398 ff. BGB. durch den mündlichen dinglichen Abtretungsvertrag bewirkt[2]) [3]). Ebenso genügt der mündliche Vertrag zum Erlass einer Forderung, denn der Erlass bringt gemäss § 397 BGB. das Schuldverhältnis zum Erlöschen und trägt dann, wenn schenkweise erfolgt, die Vollziehung der Schenkung in sich[4]).

Dagegen können solche Handlungen, die den endgültigen Vollzug der Leistung nur vorbereiten, nicht als genügende Vollzugsakte betrachtet werden. Sie bedürfen der Form. Daher ist z. B. der Auffassung des KRGR. u. a. m., wonach die Schenkung eines Grundstückes bereits mit der Auflassung als bewirkt anzusehen sei[5]), entgegenzutreten. Auch wenn der Zuwendende das Seinige zum Vollzuge der Schenkung beigetragen hat, so tritt die Rechtsänderung doch erst mit der Eintragung ein.

Lebhaft bestritten ist ferner die Frage, wann die durch Abtretung eines in einem Sparkassenbuch verbrieften Sparguthabens bewirkte Schenkung vollzogen ist. Während nach der Auffassung

---

[1]) An Stelle der Uebergabe können die Surrogate der Besitzübertragung: brevi manu traditio, constitutum possessorium, sowie Abtretung des Herausgabeanspruchs treten.

[2]) Der Behauptung Oppenheims (S. 35): „Ein Cessionsversprechen (dieser Ausdruck ist wohl versehentlich gewählt!) hingegen, bei dem etwa der Zedent die Schulddokumente zurückbehielte, wäre als Schenkungsversprechen aufzufassen und deshalb der Form bedürftig", ist nicht beizutreten. Denn die Forderung geht bereits mit der Zession und damit auch das Eigentum an den Schuldurkunden auf den Versprechensempfänger über.

[3]) Mit Recht erachtet übrigens Oertmann (§ 518, 3, b) auch eine bloss befristete Abtretung als formlos gültigen Realleistungsakt.

[4]) Vgl. auch RG. Bd. 53 S. 296; Seuff. Arch. 69 No. 121.

[5]) KRGR. § 518, 1: Mit Bezug auf die „Bindung" des § 873 Abs. 2 BGB. Letztere stellt aber nach h. L. keine Verfügungsbeschränkung dar und hindert daher den Zuwendenden nicht, den endgültigen Erwerb des Empfängers noch zu vereiteln; Motive a. a. O.; Endemann § 164 Anm. 12.

der einen[1]) neben dem blossen Abtretungsvertrag auch die Uebergabe des Buches vom Zedenten an den Zessionar zum Vollzuge der Abtretung verlangt wird, erblicken andere[2]) diese erst in der Abhebung des Geldes. Beide Auffassungen sind zu verwerfen. Das Sparkassenbuch ist ein qualifiziertes Legitimationspapier im Sinne des § 808 BGB. Die Abtretung der in ihm verbrieften Forderung richtet sich daher nach den Vorschriften über die Abtretung einer in einem derartigen Papier enthaltenen Forderung. Dafür genügt aber unbestrittenermassen die Uebertragung nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 398 ff. BGB., d. h. der bloss mündlich abgeschlossene Abtretungsvertrag ohne Uebergabe des Papiers[3]). Allerdings ist der Zessionar wegen der besonderen rechtlichen Natur des Legitimationspapiers verhindert, das ihm abgetretene Recht ohne Besitz des Sparkassenbuchs geltend zu machen und darüber zu verfügen. Dieser Umstand schliesst aber nicht aus, dass mit dem Zeitpunkte des Abtretungsvertrages die Abtretung bereits bewirkt ist und damit auch das evtl. formlose Schenkungsversprechen als geheilt im Sinn des § 518 Abs. 2 betrachtet werden kann. Das Eigentum an dem Sparkassenbuch geht gemäss § 952 Abs. 2 BGB. mit dem Abtretungsvertrage auf den Zessionar über. Abzulehnen ist daher die Auffassung, dass mit Rücksicht auf die eigenartige Beschaffenheit der Legitimationspapiere die Schenkung des Sparguthabens erst durch die Abtretung der Forderung gemäss §§ 398 ff. BGB. **und** der für die Geltendmachung des abgetretenen Rechts erforderlichen Uebergabe des Buchs als bewirkt anzusehen sei. Damit wird eine durch nichts gerechtfertigte Ausnahme von der Regel gemacht, wonach eine Leistung im Sinn des § 518 Abs. 2 dann als bewirkt anzusehen ist, wenn allen für die Bewirkung der betreffenden Leistung vom Gesetze aufgestellten Erfordernissen Genüge getan ist. Die Uebergabe des Buchs vermag wohl ein bedeutendes, bis zur Sicherheit grenzendes Anzeichen für die Perfektion des Vertrages zu sein[4]), ist aber kein Erfordernis der fraglichen Uebertragung[5]).

[1]) So anscheinend RG. Gruch. 42 S. 968|69; Oertmann § 518, 3, b.
[2]) Oppenheim S. 36.
[3]) Vgl. Staub-Könige, Anhang zu § 365 Anm. 10.
[4]) vgl. aber Sächs. Arch. 13 S. 628, wo in der mit der Uebergabe des Buches verbundenen Erklärung: „das Buch schenke ich Dir, Du kannst es behalten, es ist Dein" m. E. zu Unrecht die Absicht einer sofortigen Verfügung über die Forderung verneint wird. Dagegen richtig RG. Gruch. 50 S. 651 ff.
[5]) Wie hier auch JW. 1916 S. 37 Nr. 3; LZ. 1918 S. 459 Nr. 7; RG. Bd. 89 S. 402.

Selbstverständlich hat eine teilweise Leistung auch nur eine teilweise Heilung des formlosen Schenkungsversprechens zur Folge[1]). Bei einer Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen erstreckt sich die Heilung des formlosen Schenkungsversprechens nur auf die bereits bewirkten Leistungen, nicht auch auf die zukünftigen[2]).

Das Gesetz will — wie erwähnt — durch den Formzwang in erster Linie übereilte Schenkungsversprechen verhüten. Zur Erreichung dieses Zweckes[3]) dient ferner die Bestimmung des § 518 Abs. 1 Satz 2, wonach auch die schenkungsweise Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens nicht als vollzogene Schenkung, sondern lediglich als Versprechen einer Schenkung aufgefasst wird und daher formbedürftig ist. Erst in der Erfüllung des Versprechens erblickt der Gesetzgeber den Vollzug der Schenkung. Das Gesetz erwähnt nur das in den §§ 780, 781 BGB. normierte abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber lediglich diese beiden abstrakten Verpflichtungsverträge der Formvorschrift des § 518 BGB. unterwerfen wollte, während die schenkweise Hingabe anderer abstrakter Schuldversprechen, wie z. B. die Erteilung eines Wechselakceptes oder eines kaufmännischen Verpflichtungsscheines als Realleistungen anzusprechen wären. Denn gerade die Tatsache, dass das Gesetz lediglich für die abstrakten Schuldgründe der §§ 780, 781 BGB. eine Sonderbestimmung trifft, steht an und für sich einer extensiven Interpretation im Wege.

Aber es darf andererseits nicht verkannt werden, dass mit der Aufnahme der Sonderbestimmung die Verhütung der mit der Erteilung eines abstrakten Schuldversprechens im Sinn der §§ 780, 781 verbundenen Gefahr der Uebereilung bezweckt wurde und dass diese Gefahr in nicht geringerem Masse auch bei den übrigen abstrakten Schuldversprechen vorliegt. Auch hier handelt es sich um Vermögenszuwendungen, die der Zuwendende nicht sofort als solche empfindet. Es steht daher im Einklang mit den legislatorischen Zwecken, wenn man eine analoge Ausdehnung für geboten

---

[1]) Staudinger § 518, II, 6, c; Oertmann u. a. m.
[2]) DJZ. 1905 S. 866.
[3]) Motive S. 294 in Mugdan S. 163.

erachtet[1]). Wollte man diese Analogie verwerfen, so würde man dem § 518 BGB. ein weites Anwendungsgebiet entziehen. Auch lässt die Entstehungsgeschichte nicht gerade eine Ablehnnung erkennen, da sowohl die Motive[2]), wie auch die Protokolle[3]) eine analoge Ausdehnung wohl in Erwägung zogen, die Entscheidung der Kontroverse aber, ohne eine definitive Stellung einzunehmen, ausdrücklich der Wissenschaft und Praxis überliessen[4]). Mit Recht weist übrigens von Tuhr[5]) bezüglich des schenkweise erteilten Wechselakceptes darauf hin, dass die Gefahr bei der Begebung des Wechsels noch insofern grösser sei, als dem Indossatar gegenüber gemäss Art. 82 W. O. Einwendungen aus der zugrunde liegenden causa, die beim abstrakten Schuldversprechen nach § 414 BGB. auch gegen den Singularsukzessor möglich sind, abgeschnitten sind. Die in R. G. Bd. 2 S. 5 ff. für das preuss. Recht vertretene Auffassung, dass das Wertpapier selbst als bewegliche körperliche Sache Gegenstand eines Rechtsverhältnisses sei, dessen Uebertragung sich als eine durch Entäusserung vollzogene Schenkung darstelle, verkennt das Wesen des Wechsels. Mit seiner Hingabe ist ein reines Summenversprechen verbunden. Wenn der Wechsel auch seiner leichten Realisierbarkeit wegen praktisch oft der Hingabe von Geld gleichkommt und allein sein Besitz schon als ein realer Vermögensvorteil im Leben erachtet wird, so erzeugt er dennoch ein erst auf zukünftige Leistung gerichtetes Forderungsrecht gegen den Akceptanten, dessen Vermögen noch keine reale Einbusse erfahren hat. Würde die schenkweise, unter Auflage erfolgte Hingabe des

[1]) Ebenso Dernburg § 206, III; Oertmann § 518, 3, c; v. Gierke § 191 Anm. 34; Crome § 230 Anm. 69; Enneccerus § 343 Anm. 11; Reichel S. 119; RG. Bd. 71 S. 291 ff.; KRGR. § 518, 3.
A. A. aber Plank § 518, 2; Staudinger § 518, II, 2, a; Endemann § 164 Anm. 13; Kohler Bd. II S. 229; Staub-Stranz, Wechselordnung 9. Aufl. 1921, Art. 82 Anm. 46 a; Stolte S. 67; vermittelnd Oppenheim S. 43|44, der jedoch zu Unrecht die Form z. B. des Art. 4 W. O. und § 784 BGB. als lex specialis gegenüber der Form des § 518 BGB. vorzieht; einschränkend auch Goldmann-Lilienthal § 148 Anm. 16, der jedoch in der Aushändigung des Wechsels oder eines **indossablen** kaufmännischen Verpflichtungsscheines den Vollzug der Schenkung erblickt.

[2]) S. 294 in Mugdan S. 163: „Es handelt sich dabei im Wesentlichen um die aus der besonderen rechtlichen Natur der betreffenden Urkunde zu ziehenden Konsequenzen".

[3]) S. 1630, 1642 in Mugdan S. 742, 745.

[4]) Die Protokolle verkennen nicht, dass der Zweck des Gesetzes leich vereitelt werden könnte, da „in der Zulassung formfreier, abstrakter Urkunden ein bequemes Mittel zur Umgehung des Gesetzes" läge!

[5]) Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen S. 20.

Wechsels bereits als vollzogene Schenkung erachtet werden, so wäre der Empfänger gemäss § 525 BGB. zur Erfüllung der Auflage verpflichtet, ohne irgend eine Garantie für die wirkliche Einlösung des Wechsels zu besitzen — ein Ergebnis, dessen Unannehmbarkeit die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung bestätigt[1]).

Die Hingabe des Wechsels wird aber dann zum Vollzuge der Schenkung, wenn ihn der Empfänger weitergibt. Denn damit versagt der nach Art. 82 W. O. bei Nichtigkeit des in der Wechselhingabe enthaltenen Schenkungsversprechens mittels Einrede geltend zu machende Kondiktionsanspruch gegenüber dem Indossatar[2]).

D. Spezieller Teil.

§ 12. Die Sicherheitsleistung und die Zahlung fremder Schuld.

Nachdem die einzelnen Begriffsmerkmale der Schenkung einer Untersuchung unterzogen worden sind, möge noch auf einige interessante Spezialfälle näher eingegangen werden.

Besonders bestritten ist die für die Praxis bedeutungsvollere Frage, ob die **Bestellung** einer Sicherheit seitens des Schuldners oder eines Dritten (Pfandbestellung, Bürgschaftsleistung) und ob deren **Aufgabe** die Grundlage für eine Schenkung abzugeben vermögen oder nicht[3]).

Der erste Entwurf zum bürgerlichen Gesetzbuch hatte im Gegensatz zum BGB. ausdrücklich in § 439 eine diesbezügliche Regelung in verneinendem Sinne getroffen. § 439 lautete:

> „Eine Bereicherung liegt nicht vor, wenn für ein Recht Sicherheit geleistet wird, selbst wenn ein anderer als der Verpflichtete die Sicherheit leistet.
>
> Eine Vermögensverminderung liegt nicht vor, wenn . . . . . die für ein Recht bestehende pfandrechtliche oder andere Sicherheit aufgegeben wird".

---

[1]) So v. Tuhr a. a. O.; Oertmann § 518, 3, c.

[2]) v. Gierke § 191 Anm. 35; Oertmann § 518, 6; KRGR. § 518, 3.

[3]) Nach röm. Recht lag keine Schenkung vor: l. 1 § 19 D. si quid in fraudem 38, 5; l. 1 § 1 D. q. m. pign. 20, 6. Windscheid Bd. II § 365 Anm. 3. Ebenso Dernburg für das preuss. Recht (Preuss. Privatrecht Bd. II § 161 Ziff. 7).

Die Streichung der die Bestellung sowie die Aufgabe der Sicherheit betreffenden Vorschriften beruhte auf einem in der II. Kommission eingebrachten Antrage, dem aber — wie aus den Protokollen[1]) ersichtlich ist — nicht etwa deshalb stattgegeben wurde, weil man den Inhalt der gestrichenen Bestimmung für vollkommen selbstverständlich hielt; im Gegenteil wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch „Fälle denkbar seien, in denen die Bestellung einer Sicherheit sich in der Tat als Schenkung darstelle, z. B. die Bürgschaft oder Pfandbestellung für eine Forderung gegen eine vermögenslose Verlassenschaft“[2]). Dieselbe Auffassung wurde auch bezüglich der Aufgabe der Sicherheit geteilt.

Auch nach dem BGB. kann die Frage nicht ohne weiteres verneint oder bejaht werden. Ihre Beantwortung hängt davon ab, ob im konkreten Falle sämtliche Voraussetzungen des § 516 BGB. erfüllt sind oder nicht. Diese Untersuchung erfordert bezüglich der Sicherheitsbestellung eine Unterscheidung nach der Person des Sicherheitsleistenden.

I. Die Sicherheitsbestellung.

1. Durch einen Dritten.

Bei der seitens eines Dritten bewirkten Sicherheitsleistung ist das Verhältnis zum Schuldner, sowie dasjenige zum Gläubiger einer gesonderten Betrachtung zu unterziehen.

a) Im Verhältnis zum Schuldner.

Verpflichtet sich ein Dritter als Bürge oder verpfändet er eine ihm gehörige Sache für eine fremde Schuld, so liegt in dieser Handlungsweise dann eine Zuwendung aus seinem Vermögen, wenn er auf das ihm im Falle der Haftung gegen den Schuldner zustehende Regressrecht Verzicht leistet[3]). Denn insoweit belastet er sein Vermögen mit einer Schuld, die durch keine Ausgleichsforderung gedeckt ist. Eine Bereicherung des Schuldners tritt aber nur dann ein, wenn der Gläubiger von dem Sicherungsrecht zu seiner Befriedigung Gebrauch macht. Denn jetzt stellt sich der seitens des Dritten ausgesprochene Verzicht auf sein Regressrecht materiell als

[1]) S. 1622|23 in Mugdan S. 739|40.

[2]) Prot. a. a. O.

[3]) Motive S. 290 in Mugdan S. 161; Staudinger § 517, 4, b; Oertmann § 516, 1, d; v. Tuhr § 76 S. 181; Cohn S. 49, 61.

eine von ihm durch Zahlung bewirkte Befreiung des Schuldners von seiner Schuld dar und bedeutet somit für letzteren eine Bereicherung. Bevor der Gläubiger jedoch das Pfand in Anspruch nimmt, kann folgerichtig nur von einer bedingten Schenkung gesprochen werden. Im übrigen stehen der Annahme der Einigung über die Unentgeltlichkeit keine Bedenken im Wege[1]).

b) Im Verhältnis zum Gläubiger.

Ob auch im Verhältnis zum Gläubiger durch die Stellung einer Sicherheit seitens des Dritten den Erfordernissen der Schenkung im Sinne des § 516 BGB. Genüge getan wird, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab und lässt sich nicht absolut entscheiden[2]).

Eine vermögensvermindernde Zuwendung muss hier dann angenommen werden, wenn die dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehende Forderung infolge Vermögenslosigkeit des Schuldners und der damit bestehenden aussichtslosen Beitreibung wertlos erscheint. Da der insolvente Hauptschuldner seinen Verbindlichkeiten nicht nachzukommen vermag, wird der Dritte in Anspruch genommen. In Anbetracht der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bildet andererseits seine Regressforderung kein Aequivalent, denn der Wert eines Forderungsrechts bestimmt sich nach seiner Realisierungsmöglichkeit, die Ausübung des Regressrechts verschafft aber bei einer solchen Sachlage keine Befriedigung. Der Dritte schmälert also durch die Sicherheitsleistung sein Vermögen.

Schwieriger gestaltet sich jedoch die Beantwortung der Frage, ob mit der Sicherheitsbestellung auch eine Bereicherung des Gläubigers verbunden ist. In der Regel erhält der Gläubiger selbst im Falle der Verwertung des Pfandes nur eine seinem Anspruche ent-

[1]) Ebenso Jäger, Konkursordnung § 32 Anm. 8. Das Versprechen der regresslosen Interzession bedarf der Form des § 518 BGB., so mit Recht v. Tuhr § 76 Anm. 45.

[2]) RG. Bd. 54 S. 284 verneint das Vorliegen einer Schenkung „nicht unbedingt", wenn die allgemeinen Voraussetzungen der Schenkung nach § 516 BGB. gegeben sind, ebenso RG. Bd. 90 S. 178 ff.; desgleichen Enneccerus § 343, I, 1, a; Neumann, Gruch. Bd. 45 S. 509; vgl. auch Staudinger § 517, 4, b; wenn Schreiber Sächs. Arch. Bd. 15 S. 583 die Annahme einer Schenkung um deswillen zu verneinen geneigt ist, weil „die Liberalitätsabsicht selten dem Gläubiger zuliebe betätigt werden würde", so übersieht er, dass das Gesetz eine derartige Absicht nicht verlangt.

sprechende Leistung, die sein Vermögen nicht bereichert, da sie nur Erfüllung der zu seinem Vermögen bereits gehörenden Forderung ist[1]). Eine andere Entscheidung ist jedoch m. E. dann geboten, wenn die dem Gläubiger zustehende Forderung infolge der vor der Pfandbestellung eingetretenen völligen Vermögenslosigkeit des Schuldners keinen Geldwert mehr besitzt und nicht mehr realisiert werden kann. Denn in diesen Fällen erfährt die Vermögenslage des Gläubigers durch die Sicherheitsleistung faktisch insofern eine Bereicherung, als er an Stelle der wertlosen Forderung ein neues geldwertes Recht erhalten hat[2]). Wenn demgegenüber von anderer Seite geltend gemacht wird, dass selbst bei Insolvenz des Schuldners trotz der Sicherheitsleistung eine Bereicherung zu verneinen wäre, da der Gläubiger mit deren Hilfe, wie eingangs erwähnt, nur dasjenige erhalte, was ihm gebühre und dabei seiner Forderung verlustig gehe[3]), so ist dabei verkannt, dass dem bedrängten Gläubiger ein Anspruch auf Sicherheitsbestellung und damit eine Befriedigung auf **diesem** Wege nicht zusteht. Im übrigen wäre es äusserst formalistisch[4]), wollte man gegenüber der auf anderem Wege erhaltenen Zahlung den Verlust einer wertlosen und damit nicht mehr als Vermögensbestandteil zählenden Forderung in einer die Bereicherung ausschliessenden Weise in die Wagschale werfen. Hier ist eine

---

[1]) v. Tuhr Bd. II § 76 S. 180: „Das Sicherungsrecht bildet zusammen mit der Forderung einen Posten".

[2]) Oertmann § 516, 1, c: Die Annahme einer Schenkung sei „sehr bedenklich, weil die Absicht der Parteien hier nicht auf eine Bereicherung des Empfängers geht"; diese wird vom Gesetze aber gar nicht verlangt! „Bei ganz verlorenen Vermögensposten" räumt aber auch Oertmann die Möglichkeit einer Schenkung ein; Plank § 517, 2 stellt auf die Bereicherung des Berechtigten ab; vgl. auch die oben erwähnte Auffassung der II. Kommission; Enneccerus § 343 Anm. 4; Cosack § 200, I, 5: Schenkung sei „zweifelhaft"; Endemann § 164 Anm. 24: Er erblickt in der Bestellung eines Pfandrechts die Möglichkeit einer Schenkung an den Gläubiger, während er bezüglich der Uebernahme einer Bürgschaft merkwürdigerweise anderer Ansicht ist (§ 164 Anm. 18)! Burkhardt S. 123/24; Stolte S. 34; Cohn S. 48/49, 61. A. A. Dernburg § 205 Anm. 13: Der Gläubiger solle nicht bereichert, sondern nur gesichert werden; Kohler Bd. 2 § 106, IV, 2; Schollmeyer S. 47; Ortloff S. 291; Crome § 230 Anm. 22 (vgl. aber Anm. 19!); Schöninger S. 162, 165: Dies sei „allgemein anerkannt" (!); Bekker Bd. 2 S. 179; Wogt S. 34.

[3]) Z. B. v. Tuhr a. a. O. und S. 183 Anm. 54; KRGR. § 516, 4, obwohl hierin ein kondizierbarer Vermögensvorteil und eine Bereicherung i. S. des § 818 BGB. anerkannt wird (§ 812, 1); besonders v. Savigny S. 55.

[4]) So mit Recht Burkhardt S. 127.

materielle Anschauung am Platze. Bei formaler Betrachtung erscheint die Höhe des Anspruchs allerdings gleich. Durch die Sicherstellung wird aber das völlig wertlose Recht dem Betrage nach erhöht. Nicht dem Bestande nach wird die Forderung gesichert, sondern ihrem Werte nach, der allein über ihre Zugehörigkeit zum Vermögen entscheidet, wird sie auf ihren nominellen Betrag erhöht[1]).

Auch der von Haymann[2]) gezogene Schluss: Da die Erfüllung einer wertlosen Forderung keine bereichernde Zuwendung ist, so kann es erst recht nicht deren blosse Sicherstellung sein, ist zu verwerfen. Denn auf die Erfüllung besitzt eben der Gläubiger stets einen Anspruch, während ihm dieser bezüglich der Sicherheitsleistung versagt bleibt. Des weiteren kann aus der Tatsache, dass der Gläubiger auch dann nicht bereichert wäre, wenn der Wert der Forderung durch späteren Vermögenszuwachs des insolventen Schuldners gestiegen wäre und die wertlose Forderung von ihm beglichen wird[3]), keine der hier vertretenen Ansicht zuwiderlaufende Schlussfolgerung gezogen werden. Für die Schenkung kommt es auf die Vermögenslage zur Zeit ihrer Vornahme an; niemand würde einräumen, dass eine nach Vollzug der Schenkung eintretende Wertserhöhung des zugewandten Gegenstandes für die Feststellung der Höhe der Bereicherung zugrunde gelegt werden könnte. Desgleichen ist der von Oertmann[4]) aufgestellte Grundsatz, dass das Sicherungsgeschäft stets an der Entgeltsnatur des Hauptgeschäftes teilnehme, in dieser Allgemeinheit nicht für richtig anzuerkennen. Die Akzessorität der Sicherungsrechte hindert nicht, dass sie bei Insolvenz des Schuldners von dritter Seite aus schenkweise bestellt werden.

Was das dritte Merkmal, die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit anlangt, so ist es wohl denkbar, dass der bedrängte Gläubiger das freiwillige Opfer des Dritten als solches erkennt und annimmt.

Ist die Forderung des Gläubigers jedoch auch ohne die Pfandbestellung sicher, so erfährt das Vermögen des Gläubigers keine Bereicherung. Die Möglichkeit der Annahme einer Schenkung ist hier ausgeschlossen.

[1]) Merzbach S. 39.
[2]) S. 102.
[3]) So v. Tuhr a. a. O. Anm. 38; KRGR. a. a. O.
[4]) Entgeltliche Geschäfte S. 98 ff.

Stellt sich die Sicherheitsleistung im konkreten Falle als Schenkung dar, so erfordert die Folgerichtigkeit, dass das Schenkungsversprechen zu seiner Gültigkeit der Form des § 518 unterworfen ist.

Dieselben Grundsätze müssen übrigens auch im Falle einer Schuldübernahme gelten. Wird eine nachweisbar uneinbringliche Forderung übernommen, so ist das Vorliegen einer Schenkung nicht ohne weiteres ausgeschlossen[1]).

2. Durch den Schuldner.

Leistet der Schuldner die Sicherheit, so wird sich in der Regel die Konstruktion einer Schenkung verbieten, da sämtliche Voraussetzungen ermangeln werden[2]).

Eine Vermögensverminderung tritt durch die Stellung der Sicherheit in der Regel deshalb nicht ein, weil das Vermögen des Schuldners trotz der Haftung seines zur Sicherheit dienenden Gegenstandes keine weitere Vermögenseinbusse erfährt. Es wird durch die Höhe der Schuld begrenzt. Wird die Schuld anstatt durch Zahlung im Wege der Verwertung der Sicherheit beglichen, so wird andererseits das Vermögen trotz des verlorenen Gegenstandes von der Schuldenbelastung befreit[3]). Das Pfand dient ja nur dem Gläubiger als Befriedigung zwecks Abdeckung einer Schuld. Diese allein besteht und belastet das Vermögen.

Desgleichen erhält auch der Gläubiger trotz der Pfandbestellung in der Regel — wie bereits oben ausgeführt wurde — nur eine seinem Anspruch entsprechende Leistung. Aber wie bei der Sicherheitsbestellung durch einen Dritten, so sind auch hier bei Insolvenz des Schuldners Fälle denkbar, in welchen die seitens des Schuldners gewährte Sicherheitsbestellung ausnahmsweise eine Bereicherung dem Gläubiger zu verschaffen und das Vermögen des Schuldners zu belasten vermag. Diese Fälle werden in der Praxis äusserst selten sein. Man könnte einwenden, dass der zur Sicher-

[1]) A. A. Plank § 516, 2; David im Recht 1903 S. 356; Oertmann § 516, 1, a.

[2]) Stets verneinen: Plank § 517, 2; KRGR. § 516, 4; Staudinger § 517, 4, b (auch nicht bei einer Naturalobligation (!); v. Tuhr § 76 S. 180 und Anm. 38; Wogt S. 33; Schöninger S. 162; Stolte S. 35; Merzbach S. 35; RG. Bd. 6 S. 85; Bd. 9 S. 103; Cosack § 200, I, 5 ist unschlüssig.

[3]) Cohn S. 49.

heit bestellte Gegenstand schon kraft der generellen Haftung des Schuldners mit seinem ganzen Vermögen dem Gläubiger verhaftet sei und folglich von einem „uneinbringlichen" Betrage nicht gut geredet werden könne[1]). Dieser Einwand versagt jedoch offensichtlich gegenüber solchen Gegenständen des Schuldners, die der Pfändbarkeit nicht unterliegen (z. B. kostbare Bibliothek eines Juristen), und andererseits stellt auch die den Zugriff anderer Gläubiger auf die verpfändete Sache erschwerende und in der Regel ausschliessende spezielle vertragliche Verpfändung einen besonderen Vermögensvorteil dar. Es unterliegt daher m. E. keinem Bedenken, die objektiven Bestandteile der Schenkung in einem derartig gelagerten Falle als erfüllt anzusehen.

Dagegen wird das Moment der Unentgeltlichkeit, d. h. der Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung selten gegeben sein. Denn der Gläubiger wird stets die Sicherheit als Entgelt für seine Forderung aufzufassen geneigt sein und dies je eher, umso schlechter es um die Vermögenslage des Schuldners steht[2]). Zahlreiche Schriftsteller[3]) leugnen daher die unter den Parteien bestehende Einigung über die Unentgeltlichkeit. Es ist zwar zuzugeben, dass diese grundsätzlich schwerlich vorhanden sein wird, da eben der Gläubiger die Sicherstellung nicht als unentgeltliche Verfügung, sondern zur Befriedigung seiner Forderung entgegen nimmt. Aber dennoch ist es m. E. nicht ausgeschlossen, in besonders gelagerten Fällen die Sicherstellung, auf welche der Gläubiger in der Regel trotz Bestehens seiner Forderung keinen Rechtsanspruch hat[4]), gemäss dem Willen beider Parteien als unentgeltliche Leistung und Gegenstand einer Schenkung zu betrachten.

---

[1]) So Stolte S. 36.

[2]) Die Unentgeltlichkeit entfällt natürlich dann, wenn der Schuldner für die Sicherheitsbestellung eine Gegenleistung durch Stundung, Verlängerung der Kündigungsfrist, Herabsetzung des Zinsfusses etc. verlangt.

[3]) Die Auffassung des RG. Bd. 9 S. 103, dass die freiwillige Hypothekenbestellung für eine bestehende eigene Schuld ihrem Begriffe nach entgeltlich wäre, weil „der Schuldner bereits in der bestehenden Forderung des Gläubigers dessen Entgelt für die Bestellung der Hypothek oder Sicherheit besitze," geht allerdings zu weit. Zustimmend Jäger Konkursordnung, 5. Aufl. 1916, § 32 Anm. 7.

[4]) Anders Wogt S. 44, der zu Unrecht dem Gläubiger einen derartigen Anspruch einräumt.

II. Die Aufgabe der Sicherheit.

Auch in der Aufgabe einer Sicherheit (Erlass der Bürgschaftsforderung, Verzicht auf das Pfandrecht) kann eine Zuwendung aus dem Vermögen erblickt werden. Hierbei kommen vor allem ebenfalls diejenigen Fälle in Betracht, in denen das gesicherte Recht an und für sich infolge Vermögenslosigkeit des Schuldners wertlos ist und erst durch die Sicherheitsleistung die Möglichkeit der Realisierung erlangt. Denn hier bedeutet die Aufgabe der Sicherheit für den Berechtigten den völligen wirtschaftlichen Verlust des gesicherten Rechts. Es kann also in dem Umstande, dass der Berechtigte in Kenntnis der Insolvenz des Schuldners die Sicherheit aufgibt, eine Vermögensverminderung des Berechtigten liegen. Andererseits erfährt derjenige, der die Sicherheit bestellt hatte, eine Bereicherung, da mit Rücksicht auf die Aussichtslosigkeit der Beitreibung der Hauptschuld die Haftung seines Pfandes notwendigerweise in Anspruch genommen worden wäre und er infolge der Aufgabe der Sicherheit vor deren Verlust bezw. vor der eigenen Inanspruchnahme als Bürge verschont bleibt. Die Belastung seiner Sache bezw. seine Verbindlichkeit als Bürge entfällt.

Der Umstand, dass der Gläubiger trotz des Verzichts seine persönliche Forderung behält, kann nicht ins Gewicht fallen, da die wertlose Forderung keinen Vermögensbestandteil bildet. Die Höhe der Zuwendung besteht in demjenigen Betrage, mit welchem der Gläubiger durch die Aufgabe der Sicherheit ausfällt.

Erfolgte die Sicherheitsleistung seitens des Schuldners, so wird in Anbetracht seiner Zahlungsunfähigkeit dem Verzichte auf das Pfand gleichzeitig die Wirkung eines Erlasses beizulegen sein[1]).

Eine andere Entscheidung wäre freilich dann geboten, wenn die Beitreibung der Forderung auch ohne Sicherheitsleistung möglich wäre, wenn es also einer Inanspruchnahme der Sicherheit nicht bedurft hätte, sodass die Vermögenslage des Gläubigers durch die Aufgabe der Sicherheit keine Verschlechterung erfährt und folglich eine Vermögenseinbusse nicht eintritt[2]).

---

[1]) Cohn S. 61|62.

2) Wie hier Prot. S. 1623 in Mugdan S. 740; Staudinger § 517, 4, b; Plank § 517, 2: stellt auf die Vermögensverminderung des Berechtigten ab; Schreiber Sächs. Arch. Bd. 15 S. 583 ff.; Goldmann-Lilienthal S. 529 Anm. 5; Horn S. 54. RG. Bd. 33 S. 210 kann nicht herangezogen werden, da es seiner nach preuss. Recht gefällten Entschei-

III. Die Zahlung fremder Schuld.

Nach den bisher entwickelten Grundsätzen beurteilt sich auch der Fall einer seitens eines Dritten bewirkten Zahlung fremder Schuld. Sofern der zahlende Dritte auf das ihm zustehende Regressrecht verzichtet, liegt ohne Zweifel eine Schenkung in seinem Verhältnis zum Schuldner vor. Aber auch dem Gläubiger gegenüber ist die Annahme einer durch die Zahlung zum Vollzug gelangten Schenkung nicht ausgeschlossen, wenn die Forderung wegen Insolvenz des Schuldners wertlos ist. Denn der wegen Wertlosigkeit der Regressforderung eintretenden Vermögensverminderung des Zahlenden steht eine Bereicherung des Gläubigers gegenüber, der an Stelle der ihrem Nominalbetrag an Wert nicht mehr entsprechenden und wegen völliger Wertlosigkeit aus dem Vermögen scheidenden Forderung eine Bezahlung erhält. Wie bereits oben eingehend betont, entscheidet lediglich der Geldwert für die Beurteilung einer Forderung; der durch die Zahlung eintretende Forderungsverlust ist bei uneinbringlichen Forderungen für die Annahme einer Bereicherung unerheblich[1] [2].

Allerdings wird sich auch hier die des weiteren erforderliche Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der bewirkten Zahlung kaum denken lassen, da in noch stärkerem Masse als wie bei der Sicherheitsbestellung der Gläubiger in der erhaltenen Zahlung eine ihm gebührende Leistung zu erblicken geneigt sein wird und damit an der Einigung über ihre Unentgeltlichkeit nicht teilnimmt.

---

dung den weiteren Schenkungsbegriff (= jeder positive Freigebigkeitsakt) zugrunde legt. A. A. v. Tuhr § 76 S. 183: „Weil der Gläubiger seine persönliche Forderung behält und daher sein Vermögen nicht mindert" (aber v. Tuhr rechnet wertlose Forderungen sonst auch nicht zum Vermögen!); KRGR. § 516, 4; Dernburg § 205 Anm. 13; DJZ. 1919 S. 230; Oertmann § 516, 1, e; Wogt S. 34; Stolte S. 36 (bezgl. des Schuldners). Vgl. auch l. 18 D. quae in fraudem 42,8.

[1]) A. A. Oertmann § 516, 1, a, der die Bereicherung leugnet; Windscheid-Kipp § 365 Anm. 3. Wenn Endemann mitunter mit Rücksicht auf § 164 Anm. 24 als Verfechter der hier vertretenen Auffassung betrachtet wird, so ist das unrichtig, da er hier von einer Bereicherung des **Schuldners** spricht und damit lediglich das Verhältnis des zahlenden Dritten zum Schuldner im Auge zu haben scheint. Seine Berufung auf RG. Bd. 30 S. 7 (es muss heissen: Bd. 38 S. 7!), wo im Einklang mit obiger Auffassung eine Bereicherung des **Gläubigers** anerkannt wird, lässt allerdings Rückschlüsse darauf zu, dass er unserer Ansicht beipflichtet.

[2]) Dass in der unentgeltlichen Erfüllungsübernahme i. S. des § 329 BGB. eine Schenkung an den Schuldner liegen kann, dürfte nicht zu bestreiten sein.

§ 13. Die Vorrangseinräumung.

Im Anschluss an die soeben erörterte Frage möge noch auf das in der Rechtswissenschaft desgleichen nicht einhellig entschiedene Problem eingegangen werden, ob sich die unentgeltlich einem neuen Hypothekengläubiger durch einen Hypothekar gewährte Vorrangseinräumung als Schenkung, bezw. deren Zusage als ein der Form bedürftiges Schenkungsversprechen darstellt oder nicht.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass der Vorrang insofern von Bedeutung ist, als er im Falle einer Zwangsversteigerung des Grundstücks die Gewähr einer besseren Befriedigung bietet. Ob aber in der Vorrangseinräumung eine Zuwendung „aus dem Vermögen" zu erblicken ist, scheint m. E. ebenfalls nicht generell beantwortet werden zu können, sondern wie bei der Bestellung oder Aufgabe einer Sicherheit jeweils von den Umständen des einzelnen Falles abzuhängen. Wie dort kommt es vor allen Dingen darauf an, ob der mit seiner Forderung zurücktretende alte Hypothekengläubiger durch die Vorrechtseinräumung eine Gefährdung oder Verschlechterung bezüglich der Befriedigung aus seinem Rechte — im Hinblick auf den Wert des Grundstücks — erfahren hat. Letzterenfalls wäre offensichtlich eine Vermögenseinbusse eingetreten. Wird jedoch die Güte und der Verkaufswert der Hypothek durch die Prioritätseinräumung nicht berührt, so kann eine Vermögensverschlechterung nicht angenommen werden[1]). Es ist daher der Auffassung des Reichsgerichts[2]), welches generell in der Vorrangseinräumung eine Schenkung und damit eine Zuwendung aus dem Vermögen zu erblicken scheint, nicht beizustimmen[3]).

---

[1]) Vgl. auch Oertmann § 516, 1, e (aber ablehnend in entgeltliche Geschäfte S. 99).

[2]) RG. Bd. 48 S. 136 (= J. W. 1901 S. 382 ff., DJZ. 1901 S. 387 Nr. 54): Ein Hypothekengläubiger hatte einen Teilbetrag der Hypothek gekündigt. Die zur Deckung der alten Schuld erforderliche Summe war ein Dritter dem Schuldner zu zahlen bereit unter der Bedingung, daß ihm das Darlehen hypothekarisch mit einem Vorrecht vor der Resthypothek des alten Gläubigers sichergestellt würde. Der alte Gläubiger erklärte sich dem Schuldner gegenüber hierzu mündlich bereit. Er erhob darauf Klage auf Zahlung des gekündigten Kapitals; Beklagter erhob den Einwand, dass er nur gegen Gewährung der ihm versprochenen Vorrechtseinräumung zur Bezahlung des fälligen Betrages verpflichtet sei. Das RG. gab der Klage statt, indem es wegen Formmangels (weil Schenkung oder ein Schuldversprechen i. S. des § 780 BGB. vorläge) den Vertrag für unverbindlich erachtete.

[3]) Vgl. auch OLG. Celle Bd. 8 S. 75: Hier sollte durch die Vorrechtseinräumung die Beschaffung einer Anleihe zum Zwecke der Errichtung

§ 14. Die Eingehung der allgemeinen Gütergemeinschaft.

Bei der Frage, ob in der Begründung der allgemeinen Gütergemeinschaft eine Schenkung enthalten sein kann oder nicht, ist es nicht angängig, sich mit einer Vergleichung der Vermögenslage der Ehegatten im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages zu begnügen[1]). Allerdings führt die trotz der Verschiedenheit der zusammengebrachten beiderseitigen Vermögensmassen durch den Vertrag hergestellte gleichmässige Teilhaberschaft des ärmeren Teils an dem im Gesamtgut aufgehenden Vermögen des anderen Teils in der Regel eine objektive Bereicherung des ärmeren Teils auf Kosten des andern Teils herbei. Es ist daher der Auffassung Richraths[2]), wonach eine Verschmelzung der Vermögen zweier Personen niemals eine Bereicherung der unvermögenden Person herbeiführen könne, da bei derartigen Fällen der Vermögensverschmelzung „eine Lostrennung eines Bestandteils aus dem Vermögen der begünstigten (es muss wohl lauten: „begünstigenden“ !) Partei“ nicht stattfinde, entgegenzutreten. Denn das mit dem Abschluss der allgemeinen Gütergemeinschaft zur Entstehung gelangte Gesamthandsverhältnis, sowie der im Falle der Auflösung dem vermögenslosen Teile zustehende Anspruch auf die Hälfte des Gesamtguts stellt eine Vermögensbereicherung dar. Auch wenn der ärmere Ehegatte über das Gesamtgut evtl. nicht allein zu verfügen vermag, so wird dadurch die Annahme des Eintritts einer Bereicherung nicht ausgeschlossen. Der die Bereicherung hervorrufende Umstand liegt in dem Abschluss des die Gütergemeinschaft begründenden Ehevertrages.

In den wenigsten Fällen wird aber auch das zum Zustandekommen der Schenkung erforderliche subjektive Element, die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung vor-

---

eines den Wert des Grundstücks erhöhenden Neubaus ermöglicht werden; wegen der in concreto fehlenden Schenkungsvoraussetzungen wurde eine Schenkung verneint (gebilligt von Plank § 517,2); vgl. des weiteren wie hier v. Seeler S. 49; Neumann in Gruch. Bd. 45 S. 509; Putzler in J. W. 1901 S. 387 ff. Eine Schenkung verneinen: Dernburg S. 144 Anm. 11; v. Tuhr § 76 Anm. 59; KRGR. § 516, 4.

[1]) Vgl. Recht 1908 Nr. 2549.

[2]) S. 52.

liegen. In der Regel werden die Parteien in dem Abschluss des Ehevertrages nicht mehr als eine blosse Regelung ihrer ehegüterrechtlichen Beziehungen erblicken, es werden die beiden Vermögensgüter zum Gesamtgut verschmolzen, um lediglich den gemeinsamen Zwecken der Ehe zu dienen[1]). Gerade in denjenigen Fällen, in welchen eine Handlung mehrere Wirkungen auslöst, muss die Frage, ob die Parteien gerade die für den Bereicherten günstigen Wirkungen im Auge hatten, einer genauen Untersuchung unterzogen werden.

Die Erwägungen, welche die Ehegatten zum Abschluss der allgemeinen Gütergemeinschaft veranlasst haben, können verschiedenster Natur sein und brauchen nicht gerade dem Gedanken an eine Bereicherung des andern Teils zu entspringen. Es kann für den reichen Ehegatten eine Erhöhung des Interesses des ärmeren an der Vermehrung und Erhaltung des Vermögens bestimmend gewesen sein, da von den nach Abschluss des Vertrages eintretenden Vermögensänderungen beide Teile gleichmässig betroffen werden. Es kann aber auch — was namentlich in kaufmännischen Kreisen von besonderer Bedeutung ist — durch den Abschluss der Gütergemeinschaft auf eine Erhöhung des Kredits spekuliert worden sein, da den Gläubigern dadurch das Gesamtgut verhaftet wird[2]). Auch sind die künftigen Entwicklungsmöglichkeiten, z. B. Anwartschaft der Ehegatten auf künftigen Erbanfall etc. nicht unberücksichtigt zu lassen; denn sie können die möglicherweise mit dem Abschluss des Vertrages eintretende Bereicherung beseitigen.

Andererseits ist es nicht ausgeschlossen, dass die Parteien zur Vermeidung der Rechtsfolgen einer Schenkung die Eingehung der Gütergemeinschaft im Vereine mit ihrer ins Auge gefassten Auflösung — sei es durch spätere Gütertrennung oder durch Tod — als Mittel zur Vornahme einer Schenkung benützen[3]). Man denke z. B. an den Fall, dass sich ein kinderloses Ehepaar durch Er-

[1]) So Endemann Bd. 1 § 164 Anm. 17.

[2]) Vgl. auch Reichfinanzhof Bd. IV S. 124 (bezüglich der Begründung der Errungenschaftsgemeinschaft); Bd. V S. 72; Bd. IX S. 9 (hier wird in der Regel die Annahme einer Schenkung verneint, wenn die Ehegatten zur Zeit des Vertragsabschlusses noch mitten im Erwerbsleben stehen).

[3]) Vgl. RG. Bd. 87 S. 301 ff.: Hier hatte der verstorbene Vater des aus der geschiedenen ersten Ehe stammenden Klägers mit der mittellosen Beklagten, seiner zweiten Frau, durch notariellen Ehevertrag das Recht der allgemeinen Gütergemeinschaft begründet. Wenige Tage darauf schloss er einen zweiten notariellen Vertrag, durch den das Recht der

richtung eines gemeinschaftlichen Testaments gegenseitig zu Alleinerben einzusetzen beabsichtigt. Der ältere Mann ist vermögend; die jüngere Frau völlig mittellos ohne Aussichten auf künftigen Vermögenserwerb. Zur Umgehung der Bezahlung des grösseren Erbschaftsteuerbetrages für den Fall des nach menschlichem Ermessen zuerst eintretenden Todesfalles des Mannes schliessen sie einen Ehevertrag auf allgemeine Gütergemeinschaft ab, wodurch sich die Erbschaftsteuer lediglich auf die Hälfte des Vermögens des Mannes erstrecken würde. Hier liegt eine Schenkung vor[1].

§ 15. Schenkung durch Unterlassungen[2].

Die Bestimmung des § 516 Abs. 2 BGB. gibt des weiteren Veranlassung, zu der Frage nach der Möglichkeit einer durch Unterlassung erfolgten Schenkung Stellung zu nehmen. In der Lehre von der Zuwendung wurde bereits hervorgehoben, dass auch durch Unterlassung die Vornahme einer Zuwendung möglich sei[3]). Auf diese Weise können beträchtliche Vermögensverschiebungen vorkommen, die bezgl. ihrer Anfechtungsmöglichkeit für das Konkursrecht ein besonders gesteigertes Interesse besitzen[4]).

Die ausnahmslose Zulassung einer in derartiger Form vollzogenen Schenkung und der damit verbundenen Anwendung des § 516 Abs. 2 BGB. führt jedoch zu seltsamen Ergebnissen und bereitet bedeutende Schwierigkeiten. Ein Beispiel möge zur Veranschaulichung dienen: Gesetzten Falls, es habe A ein gegen ihn erlassenes, materiellrechtlich unrichtiges Versäumnisurteil rechtskräftig werden lassen[5]), um damit dem B ohne dessen Wissen unentgeltlich einen Vorteil zu verschaffen. Als B die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil betreiben will, wird er von A über die schenkungs-

Gütertrennung für seine Ehe für massgebend erklärt und gleichzeitig eine Teilung des Gesamtguts der Gütergemeinschaft vorgenommen wurde. Der Kläger verlangte gemäss § 2325 BGB. Ergänzung seines Pflichtteils, da es sich bei den beiden Eheverträgen um eine in die Form des Ehevertrages gekleidete, verdeckte Schenkung handle. Das Reichsgericht nahm Schenkung an und gab der Klage statt. Vgl. auch OLG. Bd. 32 S. 78.

[1]) Die Schenkungssteuer könnte daher m. E. von der Hälfte des Mannesvermögens, welches der Frau durch den Abschluss der allgemeinen Gütergemeinschaft zufällt, erhoben werden.

[2]) Vgl. hierüber auch v. Savigny S. 563 ff.

[3]) Vgl. oben S. 8.

[4]) Vgl. Jäger, Konkursordnung § 29 Anm. 30 und Anm. 132.

[5]) Vgl. auch Crome § 230 Anm. 27.

weise erfolgte Verstreichung der Einspruchsfrist aufgeklärt und gleichzeitig zur Erklärung über die Schenkung aufgefordert. B lehnt natürlich unter Berufung auf die Rechtskraft des Urteils ab. Kann A nach den Grundsätzen der condictio der Zwangsvollstreckung widersprechen? Oder steht die Rechtskraft des Urteils einem derartigen Einwande entgegen?

Oder aber: B befindet sich gutgläubig im Eigenbesitze einer dem A gehörenden Sache. Obwohl A weiss, dass ihm sein Eigentumsrecht durch Ersitzung des B verloren geht, unterbricht er die gegen ihn laufende Ersitzung nicht in der Absicht, dem B. das Eigentum an der Sache zu verschaffen. B. ersitzt die Sache ohne Kenntnis von der Absicht des A. A stellt hierauf gemäss § 516 Abs. 2 dem B eine Frist. Letzterer beruft sich auf den durch die Ersitzung erfolgten Eigentumserwerb. Kann A kondizieren?[1]).

Die Zulassung einer Kondiktion würde in diesem Falle in der Tat befremdend wirken. Der Rechtsunsicherheit wäre Tür und Tor geöffnet, wenn jeder, der eine Frist versäumt, deren Ablauf ihm zum Nachteil gereichte, sich auf die Schenkungscausa berufen könnte!

Endemann will einen Teil derartiger Fälle[2]) unter den Tatbestand des § 517 BGB. subsumieren und ihnen dadurch den Schenkungscharakter entziehen.

M. E. handelt es sich aber dabei nicht sowohl um die Unterlassung eines Erwerbs zum Vorteil eines andern, als vielmehr um die Unterlassung der Geltendmachung eines bereits bestehenden Rechts. Die Forderung, deren Verjährung droht, befindet sich bereits in meinem Vermögen; durch die Verjährung geht sie materiell dem Vermögen verloren, während der Gegner einen vermögensrechtlichen Vorteil erhält.

Dennoch ist Endemann im Ergebnis beizupflichten. Bei den Zuwendungen durch Unterlassung beruht der bereichernde Erfolg in der Regel auf 2 Ursachen: Auf der positiven Norm des Gesetzes,

[1]) Hierher gehört ferner das Verjährenlassen eines Anspruchs; das Nichterscheinen im Termin, um dem Gegner ein Versäumnisurteil zukommen zu lassen; die Unterlassung von Behauptungen im Prozess, um dem Gegner eine günstige Prozessposition zu verschaffen; die Unterlassung der Protestierung eines Wechsels (v. Tuhr § 75 Anm. 18, Oertmann § 516, 5, b); die Unterlassung der Erhebung der Mängelrüge etc.; vgl. auch 1. 5 § 6 de don. int. viv. 24, 1 (Aufgabe einer Servitut durch non usus).

[2]) § 164 Anm. 19 (z. B. Verjährenlassen eines Anspruchs, das Unterlassen der Anfechtung oder der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche).

sowie auf der den Eintritt des bereichernden Erfolges bewusst nicht hemmenden Unterlassung des Zuwendenden. In allen denjenigen Fällen, in welchen der bereichernde Erfolg ohne Rücksicht auf eine diesen Rechtserfolg erstrebende Absicht schon kraft Gesetzes, also unabhängig von einer auf ihn etwa gerichteten Absicht eintritt, ist für die Annahme einer Schenkung dann kein Raum, wenn der den Eintritt bewusst in Schenkungsabsicht nicht hemmende Wille des Zuwendenden nicht in die Aussenwelt in die Erscheinung getreten ist. Der für den Begünstigten verborgen gebliebene Schenkungswille kann juristisch nicht mehr als kausal für den Eintritt des Erfolgs bezeichnet werden[1]). Die durch Unterlassung vollzogene Zuwendung vermag nur dann Schenkungsgegenstand zu sein, wenn sie für den Begünstigten als eine auf den Willen des Unterlassenden zurückzuführende Vermögensverschiebung erkenntlich war. Andernfalls braucht er sie nicht gegen sich gelten zu lassen. Aus diesem Umstande darf aber andererseits nicht mit Stolte[2]) die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Zuwendung begrifflich ein Rechtsgeschäft sein müsse[3]). Wenn mit Rücksicht auf die eigenartige Beschaffenheit der fraglichen Fälle zwecks Erreichung eines der Billigkeit und der Rechtssicherheit entsprechenden Ergebnisses der gesetzlichen Wirkung gegenüber der zwar als mitkausal für den Erfolg zu betrachtenden aber rein intern gebliebenen Willensrichtung des Schenkers der Vorrang eingeräumt wurde, so ergibt sich daraus lediglich, dass für die durch Unterlassung vorgenommenen Zuwendungen zur Erhaltung des Schenkungscharakters eine vorherige Mitteilung an den Begünstigten erfordert wird. Wenn damit die Zuwendung bei Unterlassungen mit Rücksicht auf diese einen rechtsgeschäftlichen Charakter tragende Mitteilung in das Rechtsgewand

[1]) Anscheinend anders Oertmann § 516, 5, b, der eine „schenkungsweise Zuwendung" darin erblickt, dass jemand „in entsprechender Absicht z. B. die Erhebung eines Protestes unterlässt". Diese Absicht muss aber m. E. vor Eintritt des Erfolges dem Gegner zur Kenntnis gebracht werden. Vgl. auch v. Tuhr (§ 71,2), der wenigstens der Rechtskraft obige Wirkung beilegt. Im übrigen würde auch der Beweis der rein intern gebliebenen Willensrichtung schwerlich zu erbringen sein.

[2]) S. 50|51.

[3]) Unverständlich ist, inwiefern Wogt (S. 52 ff.) mit Rücksicht auf die Geltendmachung des gemäss § 516 Abs. 2 BGB. dem Zuwendenden zustehenden Kondiktionsanspruchs und der damit erforderlichen Kenntnis des Empfängers von der unentgeltlichen Zuwendung zu der Folgerung gelangt, dass sich die Zuwendung stets in der Form des Rechtsgeschäfts vollziehen müsse.

eines Rechtsgeschäfts gekleidet wird, so folgt daraus noch keineswegs, dass die Schenkungszuwendung generell, also begrifflich in der Form des Rechtsgeschäfts auftreten müsste.

Im übrigen führt von Tuhr[1]) treffend aus, dass in denjenigen Fällen, in welchen der Schenker **vor** Ablauf der Frist dem Begünstigten Mitteilung von seiner zu Schenkungszwecken beabsichtigten Unterlassung gemacht hatte, regelmässig „gerade das von den Parteien nicht gewollte Resultat hergestellt" werden würde. Die Ersitzung wird unterbrochen, da der Besitzer nicht mehr gutgläubig ist und in der Verabredung, die Verjährung nicht zu unterbrechen, wird die stillschweigende Vornahme eines Erlasses zu erblicken sein.

Die Argumentation Cohn's[2]): Durch die Tatsache, dass das Gesetz ohne Rücksicht auf menschliches Wollen oder Nichtwollen an die Fristversäumnis Rechtsverlust erzeugende Rechtsfolgen knüpft, werde zum Ausdruck gebracht, dass nur die Versäumung allein, nicht dagegen die in Schenkungsabsicht vorgenommene Unterlassung die dem Bedachten günstige Wirkung hervorruft, erscheint nicht durchschlagend. Warum soll es dem Schenker nicht möglich sein, eine gesetzliche Rechtsfolge zur Bewirkung einer Schenkung auszunutzen, wie ihm dies auch in den Fällen der Verbindung, der Vermischung etc. ohne Zweifel nicht verwehrt ist?

---

[1]) A. a. O. Anm. 27.
[2]) S. 19.

Lebenslauf.

Ich wurde am 2. November 1903 in Stuttgart als Sohn des damaligen Landrichters, späteren Geheimen Oberregierungsrates und Senatspräsidenten am Reichsgericht Dr. jur. Ludwig Zimmerle und seiner Ehefrau Else geb. Steimle geboren. Die Vorschuljahre brachte ich in Ravensburg und Heilbronn zu. Seit Herbst 1912 besuchte ich das humanistische Mommsen-Gymnasium in Charlottenburg, das ich im Herbst 1921 mit dem Zeugnis der Reife verliess. In der Folge widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften und studierte an den Universitäten Berlin, Freiburg und Genf. Am 29. Juni 1925 legte ich am Kammergericht die erste juristische Staatsprüfung ab. Nach einer halbjährigen gastweisen Beschäftigung im sächsischen Vorbereitungsdienst in Leipzig trat ich im Mai 1926 in den württembergischen Vorbereitungsdienst über.